Das Wesen des Rechts

auf

Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen

nach heutigem

gemeinen Recht und nach Partikularrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

S. Rosenfeld,
Referendar im Kammergerichtsbezirk.

Berlin 1899.
Druck von Wilhelm Pilz, Landsbergerstrasse 108.

Meiner Mutter.

Die moderne Wirtschaftsentwicklung hat dem Rechtsinstitut der öffentlichen Sachen eine erhöhte Bedeutung gegeben. Die Art und das Mass ihres Gebrauchs hat eine mannigfache Erweiterung erfahren in dem Umfange, in welchem die wirtschaftlichen Verhältnisse eine stärkere Ausnutzung der Naturkräfte und eine gesteigerte Anteilnahme einer stets wachsenden Zahl auf dem Gebiete des Handels und Verkehrs verursachten. Und eben dies führte einen heftigen Kampf zwischen Individual- und Sozialinteressen herbei, der naturgemäss dem Rechte die Aufgabe stellte, die Grenze zwischen der privaten und der öffentlichen Rechtssphäre festzustellen.

§ 1.

Die Begriffsbestimmung des Gemeingebrauchs ist vielfach versucht worden, ohne dass jedoch bisher eine Uebereinstimmung erzielt worden ist. Dass die Unentgeltlichkeit nicht als ein wesentliches Merkmal des allgemeinen Gebrauchsrechtes anzusehen ist,[1]) ist ausreichend mit dem Hinweis widerlegt, dass dann die Benutzung eines Teiles der Verkehrsstrassen, mit denen man in erster Reihe den Begriff des Gemeingebrauchs verbindet, darum weil etwa ein Brücken-, Chaussee- oder Wegegeld erhoben wird, nicht mehr unter diesen Begriff fallen würde.[2]) Stichhaltiger erscheint bereits eine Definition, welche verlangt, dass sich der gemeine Gebrauch als ein in öffentlichem Interesse befriedigtes Bedürfnis darstellt,[3]) und zwar so, dass dieser Gebrauch einem im einzelnen nicht begrenzten Kreis von Personen, die durch ein Band öffentlich-rechtlicher Natur zusammengehalten werden, zu gute kommt. Es ist hiermit der Gebrauch aller derjenigen Einrichtungen ausgeschlossen, die einen privaten Charakter tragen und nur einem bestimmten Personenkreise, z. B. den Mitgliedern

[1]) Brinz, Pandekten Bd. I § 128 S. 464.
[2]) Vgl. Bekker, Pandekten Bd. I § 78m S. 339.
[3]) Regelsberger, Pandekten § 113II S. 419.

eines Vereins, einer einzelnen Klasse von Gemeindeangehörigen, zugänglich sind.[1]) Ferner ergiebt sich daraus, dass, wo die Benutzung von der Erfüllung gewisser Bedingungen, von dem Nachweis besonderer Eigenschaften, abhängig gemacht wird, durch deren Voraussetzung von vornherein ein Ausnahmeverhältnis geschaffen ist, diese nicht den Namen „Gemeingebrauch“ verdient.

Indes noch zwei andere Momente sind von dem Wesen des Gemeingebrauchs untrennbar. Einmal bedingt der Gemeingebrauch, dass er allen Berechtigten gleichmässig zusteht, ohne dass jedoch damit der Umfang, in welchem der Einzelne sein Recht ausübt, notwendig gleich gross ist. Dieser ist vielmehr durch die Zahl und Art der Bedürfnisse des Einzelnen gegeben, deren Befriedigung der Gemeingebrauch dient. Unabhängig von der Verschiedenheit des Umfanges ist die Gleichheit der Kraft, die das Recht im Besitze des Einzelnen hat. Es findet daher seine Grenze in dem gleichen Recht aller andern Nutzungsberechtigten und der Zweckbestimmung der Sache; es herrscht hier prinzipiell die Gleichberechtigung aller.[2]) Und hierin ist bereits jenes zweite Moment ausgesprochen, dass der Gemeingebrauch sich nicht bloss als eine thatsächliche Möglichkeit darstellt, sondern vielmehr als eine rechtliche Befugnis, die daher auch durch die Rechtsordnung geschützt wird.[3]) Diese Begriffsmerkmale des Gemeingebrauchs haben auch dem Gesetzgeber bei Abfassung des Artikels 54 der Reichsverfassung vorgeschwebt. Denn wir finden im Absatz 3 dieses Artikels ausgesprochen, dass „auf allen natürlichen und künstlichen Wasserstrassen die Kauffahrteischiffe sämtlicher Bundesstaaten gleichmässig zugelassen und behandelt“ werden. Ferner Absatz 4 desselben Artikels: „Auf allen natürlichen Wasserstrassen dürfen Abgaben nur für die Benutzung besonderer Anstalten, die zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt sind, erhoben werden. Diese Abgaben sowie die Abgaben für das Befahren solcher künstlichen Wasserstrassen, welche Staatseigentum sind, dürfen die zur Unterhaltung der gewöhnlichen Herstellung der Anstalten

---

[1]) Hiermit scheidet die Nutzung an der Allmende aus dem Gemeingebrauch aus.

[2]) Aus diesem Gesichtspunkt heraus die kasuistischen Bestimmungen des A.L.R. II, 15, § 125 ff. Vgl. unten § 10. R.G. Bd. XVI No. 31 S. 145 (v. 9. VII. 1886). l. 17 D. de serv. praed. rust. 8,3.

[3]) Regelsberger, a. a. O. § 113 I, S. 419. Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. Bd. II, Sachenrecht S. 21 nennt den Gemeingebrauch ein individuelles Recht jedes daran Interessierten. A. M. Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt, im Verwaltungsarchiv (Ztschr. f. Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit) Bd. V 1897, Heft 1/2, S. 109 f.

und Anlagen erforderlichen Kosten nicht übersteigen. Auf die Flösserei finden diese Bestimmungen nur insoweit Anwendung, als diese auf schiffbaren Wasserstrassen betrieben wird."

§ 2.

Die höhere wirtschaftliche Bedeutung zeichnet die öffentlichen Flüsse vor den nicht-öffentlichen Flüssen aus. Dieser Unterschied zeigt sich in allen in Deutschland geltenden Rechten, wenn auch im einzelnen die in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten geltenden Merkmale der öffentlichen Flussläufe von einander nicht unwesentlich abweichen.[1]) Der Begriff der Oeffentlichkeit kennzeichnet sich in der rechtlichen Zugehörigkeit der öffentlichen Flüsse und zugleich in der Ausdehnung des an ihnen stattfindenden Gemeingebrauchs.

Was zunächst den letzteren betrifft, so ist derselbe in seinem Umfange durch die Wirkungen des Regalitätsprinzips im Vergleich zum römischen Recht im heutigen Recht stark beschränkt; viele Gebrauchsarten sind von staatlicher Verleihung abhängig gemacht und damit aus dem Rahmen des Gemeingebrauchs herausgefallen.[2]) So ist ein Hauptnutzungsrecht, die Verwertung der Wasserkraft eines öffentlichen Flusses zu gewerblichen Zwecken, gemeinrechtlich zwar grundsätzlich jedem ohne weiteres gestattet,[3]) bildet also einen Teil des Gemeingebrauchs. Durch die Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 ist jedoch in § 16 dieses Gesetzes für die Errichtung von Stauanlagen für Wassertriebwerke die behördliche Genehmigung erfordert. Es bleiben als die wichtigsten Gemeingebrauchsberechtigungen das Baden, Waschen, Tränken, Schwemmen und vor allem das Recht der Schiffahrt und Flösserei.

Die wesentliche Bestimmung der öffentlichen Flüsse erschöpft sich somit darin, dem allgemeinen Gebrauch dienstbar zu sein.

Das Allgemeine Landrecht weicht von dem gemeinen Recht darin ab, dass es den Satz aufstellt: „Die Nutzungen der öffentlichen Flüsse gehören zu den Regalien des Staates". (A.L.R. § 38 II, 15.) Alle nicht ausdrücklich von ihm erwähnten Gebrauchsrechte können daher nur durch staatliche Erlaubnis erworben werden. Dahin gehört vor allem das Recht auf Benutzung der öffentlichen Flüsse zu gewerblichen Zwecken. Hier

---

[1]) Das gemeine Recht nennt alle von Natur schiffbaren und flössbaren Flüsse, das preussische Landrecht hingegen nur die von Natur schiffbaren, nicht auch die flössbaren Flüsse, öffentlich.

[2]) R.G. Bd. XVIII No. 53 S. 259 (vom 8. VII. 1887).

[3]) R.G. Bd. VIII No. 34 S. 138 (vom 9. I. 1883), XV. No. 38 S. 182 (vom 19. III. 1886).

liegt ein durchgreifender Unterschied des preussischen Landrechts vom gemeinen Recht vor, das grundsätzlich an der Unbegrenztheit des Gemeingebrauchs festhält.

Jedoch die geschilderte wirtschaftliche Bestimmung der öffentlichen Sachen, ihre allgemeine Benutzung, charakterisiert die öffentlichen Sachen, insbesondere die öffentlichen Flüsse und Wege, noch nicht vollständig. Es muss vielmehr ihre rechtliche Zugehörigkeit zu einem Subjekt der öffentlichen Verwaltung, im allgemeinen ihre Zugehörigkeit zum Staat, hinzukommen.[1]) Zu praktischer Bedeutung gelangte diese Frage in den sechziger Jahren dieses Jahrhunderts anlässlich des bekannten Streites um die Basler Festungswerke, welcher zahlreiche Schriften über diese Frage entstehen liess.[2]) Die Frage des Staatseigentums der öffentlichen Flüsse, noch vielfach umstritten, wird in der Wissenschaft und Praxis des gemeinen Rechts heute überwiegend bejaht. Geleugnet wird dieses Staatseigentum[3]) namentlich unter Hinweis darauf, dass nach den Quellen[4]) die im Flusse neu entstandene Insel und das verlassene Flussbett den Anliegern und nicht dem Staate zufallen. Aus rechtshistorischen Gründen ist diese Bestimmung, die in der That eine Singularität enthält,[5]) erklärt worden. Aber jene gegnerische Meinung kann diese Bestimmung ebensowenig für sich in Anspruch nehmen, sondern muss sie in gleicher Weise gegen sich gelten lassen.[6]) Immerhin hat sich

---

[1]) Otto Mayer, Verwaltungsrecht Bd. II S. 92. Roth, Bayrisches Civilrecht I S. 332 (II. Aufl.) und dort Citierte.

[2]) Streitschriften von Keller, Ihering und Dernburg.

[3]) Regelsberger, Pandekten I S. 425. Kappeler, Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs S. 109 f. Stobbe, Deutsches Privatrecht I S. 542 Anm. 46. Windscheid, Pandekten I S. 413 Note 11. Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen S. 84.

[4]) l. 1 § 6 D. d. a. r. d. 41, 1.

[5]) Pernice, Labeo, Bd. I S. 273 f. Des Näheren auf die vielfacher Deutung ausgesetzten Quellenstellen (besonders l. 2 § 21 D. ne qu. i. l. p. 43,8 und l. 1 pr. D. de interd. 43,1) einzugehen, würde hier zu weit führen. Nur sei bemerkt, dass, wenn man sich auf die Herrenlosigkeit der öffentlichen Flüsse als auf eine natürliche Folge davon, dass die aqua profluens herrenlos ist, (so Ubbelohde, Glück's Kommentar, Serie der Bücher 43, 44, Tl. IV S. 39, 344 ff.) beruft, dies im Widerspruch steht mit der unbestrittenen, auch von Ubbelohde (a. a. O. S. 338) vertretenen Annahme eines privatrechtlichen Eigentums an dem Flussbett des flumen privatum, dessen aqua profluens genau ebenso herrenlos ist. Und wenn auch bei den Römern das zeitweilige Trockenliegen zu Zeiten eine freie Verfügung über das Flussbett des flumen privatum ermöglichte und darin ein Unterschied in der Stellung des Eigentümers begründet liegt, so kommt dies keineswegs für das heutige Recht in Betracht, das ein Privateigentum auch an flumina perennia kennt.

[6]) Ubbelohde, a. a. O. S. 402.

als herrschende Meinung in Rechtswissenschaft und Praxis die Annahme des Staatseigentums an den öffentlichen Flüssen behauptet,[1]) so dass diese Annahme ohne Rechtsirrtum auch unserer Erörterung zu grunde gelegt werden kann. Freilich hat dies Eigentum seine eigenartige Beschaffenheit, die sich mit Notwendigkeit aus dem Zweck ergiebt, dem die öffentlichen Sachen gewidmet sind, dem öffentlichen Gebrauch. Darum hat man denn auch dem Recht des Staats den Charakter eines „publizistischen" Eigentums, welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent ist, beigelegt.[2]) Und neuerdings hat man in ähnlicher Weise den Begriff eines öffentlichen im Sinne eines öffentlich-rechtlichen Eigentums auf den Inhalt des Eigentumsrechtes angewendet, das dem Staat an den öffentlichen Sachen, also auch an den öffentlichen Flüssen, zusteht.[3]) Gegen diese Ansicht bemerkt Windscheid mit Recht, dass das publizistische Eigentum wohl nichts anderes ist als das privatrechtliche Eigentum mit dem Merkmal seiner Bestimmung zum usus publicus.[4]) In dieser Bestimmung liegt eine Verkehrsbeschränkung, welche die öffentlichen Sachen in einen Gegensatz zu dem sonstigen Vermögen des Staats und der Gemeinden stellt. Nur insoweit bleibt dem Eigentümer für die Dauer des usus publicus die privatrechtliche Verfügung vorbehalten, als sie nicht einen Widerstreit mit den allgemeinen Gebrauchsrechten herbeiführt.

Das preussische Landrecht unterscheidet zwischen dem „besonderen" und dem „gemeinen" Eigentum des Staates. Die öffentlichen Flüsse weist es dem gemeinen Eigentum des Staates[5]) zu. Dieses Eigentumsrecht umfasst die Verfügung über die Substanz und alle Nutzungsrechte, die nicht durch den gemeinen

---

[1]) Dernburg, Pandekten I S. 171, Anm. 4; derselbe, Rechtsgutachten über den Streit bezügl. der Festungswerke bei der Stadt Basel 1862. Beseler, Deutsches Privatrecht S. 272. Randa, Das Eigentumsrecht S. 62, Anm. 6. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. III S. 55. Hirsekorn, Ueber die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch S. 59. Pernice, a. a. O. S. 275.

[2]) Eisele, Ueber das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu S. 24.

[3]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II S. 68 ff.

[4]) Windscheid, a. a. O. Bd. I S. 415 Note 17. — Ubbelohde, a. a. O. Tl. IV S. 103 f, S. 110 f. und S. 118 ff. — Gierke, Das Deutsche Genossenschaftsrecht Bd. III S. 55 Note 70.

[5]) A.L.R. § 1 und § 21 II, 14. Auch der preussische Wassergesetzentwurf unterstellt die Wasserläufe dem privatrechtlichen Eigentum des Staates, soweit nicht gesetzliche Beschränkungen oder Rechte Dritter entgegen stehen. (§ 10 und § 64 und Begründung dazu.)

Gebrauch absorbiert werden. Das Recht des Eigentums findet durch die entgegenstehenden Befugnisse der Gebrauchsberechtigten seine Begrenzung.[1])

§ 3.

Neben den Flüssen nehmen unter den öffentlichen Sachen die öffentlichen Wege die grösste Bedeutung ein. Dahin gehören nach heutigem gemeinen Recht diejenigen Wege, welche dem öffentlichen Gebrauch zu dienen bestimmt sind. Ihre wirtschaftliche Bestimmung entscheidet über ihre rechtliche Natur. Zu ihnen gehören die Chausseen und Landwege, die öffentlichen Strassen und Plätze der Städte, auch Brücken im Zuge der Strassen.

In neuerer Zeit ist vielfach die Frage behandelt worden, ob die Schienenwege der Eisenbahnen, die heute die wichtigsten Verkehrsstrassen bilden, zu den öffentlichen Wegen zu rechnen sind. Diese Frage ist hauptsächlich mit Rücksicht darauf vielfach bejaht worden, weil ein gesetzlicher Zwang zur Beförderung, ein Kontrahierungszwang, für die Eigentümer der Eisenbahnen besteht.[2]) Hierin ist jedoch kein Gemeingebrauch an den fahrplanmässigen Zügen und damit an den Schienenwegen zu erblicken. Es liegt der Benutzung derselben vielmehr ein rein privatrechtlicher Vertrag zu Grunde.[3]) Das für diese gezahlte Entgelt darf nicht auf gleiche Stufe mit Chaussee- und Hafengeldern gestellt werden, da letztere die Natur von Abgaben haben;[4]) es ist vielmehr als ein vollwertig bemessenes Aequivalent für die Gegenleistung anzusehen.[5]) In der That kann der Kontrahierungszwang nur als das notwendige Supplement zu der monopolartigen Stellung der Eisenbahninhaber und nicht als ein von der Zweckbestimmung der Eisenbahnen untrennbares Moment angesehen werden.

Das preussische Landrecht hat den Gegensatz zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Wegen nicht zum Ausdruck gebracht. Erst die Praxis hat hier die Unterschiede formuliert.

---

[1]) A.L.R. § 15 I, 4. Rausnitz, Das Recht an öffentlichen Flüssen nach dem preussischen Landrecht bei Gruchot, Bd. XXXIX S. 525 ff.

[2]) H.G.B. Art. 422; Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 15. XI. 1892 § 6.

[3]) So Dernburg, Pandekten Bd. I S. 169 Anm. 4. Wappäus, a. a. O. S. 107 u. S. 115; Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 329; Davidson, Der Rechtsschutz des Gemeingebrauchs S. 10 f., S. 130 f.; Hirsekorn, Ueber die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch S. 62.

[4]) R.G. IX No. 66 S. 244 (vom 16. XII. 1882).

[5]) Regelsberger, a. a. O. S. 420; auch Stobbe, Bd. I Deutsches Privatrecht S. 532 Anm. 10, Randa, Das Eigentumsrecht S. 49, Bekker, a. a. O. S. 339 m, Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht, S. 89 Anm. 2.

Das Gesetzbuch kennt nur den Begriff der „Land- und Heerstrassen“: „Wege, die von einer Grenze des Landes zu einer anderen, oder von einer Stadt, von einem Post- oder Zollamte entweder zu einem anderen, oder zu Meeren und Hauptströmen führen“.[1]) Diesen Wegen stehen die Kommunikationswege und Vizinalwege, die Verbindungsstrassen zwischen zwei Ortschaften, gleich.[2]) Sie werden von der späteren preussischen Gesetzgebung und Praxis insofern öffentlich genannt, als an ihnen ein Gemeingebrauch für einen Jeden zum „Reisen und Fortbringen seiner Sachen“ besteht.[3]) Doch muss der verstattete Gebrauch so ausgeübt werden, dass jeder Andere an dem gleichmässigen „Gebrauche des Weges nicht gehindert . . . . werde“.[4])

Uebrigens hat die preussische Gesetzgebung den Eisenbahnkörper mehrfach als „öffentliche Strasse“ zur allgemeinen Benutzung bezeichnet.[5])

Es charakterisiert sich der Begriff der öffentlichen Wege durch ihre der Allgemeinheit verstattete Benutzung und negativ dadurch, dass sie kraft privater Verfügung dem allgemeinen Gebrauch für die Dauer ihres Bestehens nicht entzogen werden können.[6])

Während nun an den öffentlichen Flüssen nach richtiger Meinung ein Staatseigentum anzunehmen ist, trifft diese Annahme bei den öffentlichen Wegen nicht zu. Diese stehen in Deutschland nur zu einem kleinen Teil im Eigentum des Staates, in welchem sie liegen; zum grössten Teile — zumal in Preussen[7]) — stehen sie im Eigentum der Kommunen und der Kommunal- und Provinzialverbände. Neben diesen im Eigentum öffentlicher Korporationen befindlichen Wegen giebt es jedoch eine grosse Anzahl öffentlicher Wege im Eigentum Privater. Hierdurch ist, da der Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen im allgemeinen sich als ein Rechtsverhältnis zwischen gebrauchsberechtigten Privatpersonen und gebrauchverstattenden öffentlichen Korporationen, Staat, Gemeinden etc. darstellt, dieses Prinzip scheinbar durchbrochen. Jedoch nur scheinbar ist es so, als ob dort, wo der Gemeingebrauch an Wegen auf privatem

---

[1]) A.L.R. § 1 II, 15.
[2]) Striethorst Arch. Bd. 74 S. 16 f.; Bering, Rechte an öffentlichen Wegen S. 8.
[3]) A.L.R. § 7 II, 15.
[4]) A.L.R. § 25 II, 15.
[5]) Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen v. 31. XI. 1838 § 8,5, ersetzt durch § 21, 3 Enteignungsges. v. 1874. (11. VI.).
[6]) Bering, a. a. O. S. 17 ff.
[7]) Dotationsgesetz v. 8. Juli 1875.

Grund und Boden in Frage kommt, die öffentliche Korporation aus diesem Rechtsverhältnis überhaupt ausscheidet.

Ein auf privatem Grund und Boden befindlicher Weg wird nicht schon dadurch zu einem öffentlichen Wege, dass er thatsächlich der allgemeinen Benutzung offen ist. Zu diesem thatsächlichen Moment der allgemeinen Benutzung muss vielmehr noch das rechtliche Moment hinzukommen, dass der Weg mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung der öffentlichen Verwaltungsbehörden, speziell der Wegepolizei, dem Verkehr gewidmet ist und deshalb demselben durch eine private Verfügung des Eigentümers nicht mehr entzogen werden kann.[1]) Hierin beruht der Unterschied der öffentlichen Strasse im Privateigentum von der öffentlich benutzten Privatstrasse; denn die letztere kann der Eigentümer kraft seines Privatrechts jederzeit willkürlich dem öffentlichen Verkehr entziehen.[2]) Der öffentliche Weg auf privatem Boden legt dem Eigentümer desselben durch die Oeffentlichkeit seiner Benutzung eine Beschränkung seines Eigentumsrechtes auf. Es ruht auf dem Wegegrundstück eine „Dienstbarkeit", welche den Eigentümer verpflichtet, jedermann die freie und ungehinderte Benutzung desselben zu gestatten. Diese „Dienstbarkeit" ist jedoch keine Personal- oder Prädialservitut; hierzu fehlt es an einer persona und einem praedium dominans; es ist vielmehr eine besonders geartete sogenannte „öffentliche Grunddienstbarkeit", um diesen von Sarwey und Otto Mayer gebrauchten Ausdruck zu benutzen. Die Beschränkung, welche das als öffentlicher Weg in Anspruch genommene Privatgrundstück belastet, das Gemeingebrauchsrecht, liegt, als Ganzes gedacht, in der Hand einer Gemeinde oder einer anderen öffentlichen Korporation vereinigt. Von dieser werden den einzelnen Gebrauchsberechtigten ihre Befugnisse vermittelt; sie üben dieselben also nicht kraft eigenen Rechts aus sondern in Ableitung von der der öffentlichen Korporation zustehenden öffentlichrechtlichen Servitut.[3])

---

[1]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II S. 85. Entscheidungen des preuss. Oberverwaltungsgerichts, Sammlg. Bd. XVIII S. 321. Preuss. Verwaltungsblatt Bd. X S. 256 und S. 501. Seufferts Archiv Bd. XVII No. 6.

[2]) Ein Unterschied, der erhebliche praktische Bedeutung bei der Enteignung eines solchen Weges gewinnt, wenn man, was allerdings streitig ist, die Enteignung öffentlicher Sachen für unzulässig erklärt. Vgl. Otto Mayer a. a. O. S. 22 ff.

[3]) Sarwey, a. a. O. S. 377, Otto Mayer, a. a. O. S. 165 ff.

§ 4.

Hiernach stellt sich der Gemeingebrauch an den öffentlichen Flüssen und Wegen als ein Rechtsverhältnis zwischen gebrauchsberechtigten Individuen einerseits und Staat oder Gemeinden andererseits dar.

Dreifacher Art kann die Beziehung sein, in der das Individuum zum Staat oder zu einer anderen öffentlichen Korporation steht.[1])

Einzelperson und Verbandsperson können sich als Rechtssubjekte derart gegenüberstehen, dass jede von ihnen eine für sich abgeschlossene Rechtssphäre beherrscht. Der organische Zusammenhang zwischen Korporation und Korporationsglied bleibt hier ausser Betracht. Die Herrschaftsgewalt der öffentlich-rechtlichen Körperschaft findet hier eine für sie unüberschreitbare Grenze. Es gelten für diese rechtlichen Beziehungen zwischen Einzelperson und Gesamtperson die Normen des Privatrechts. — So kommen Privatrechtsverhältnisse in Frage, wenn sich der Staat als Fiskus und der Staatsbürger im Verhältnis von Käufer und Verkäufer einander gegenübertreten. —

Die zweite Erscheinungsform der Rechtsverhältnisse, in der sich die Beziehungen zwischen Individuum und Körperschaft äussern können, lässt den organischen Zusammenhang zwischen Gliedperson und Gesamtperson hervortreten, jedoch nicht in reiner Gestalt, sondern so, dass Körperschaftsrecht und Individualrecht sich mischen. Bald tritt in einem solchen Rechtsverhältnis ein aus der Zugehörigkeit zum Verbande fliessender Rechtsbestandteil, bald ein von jeder gliedmässigen Abhängigkeit gesonderter privatrechtlicher Bestandteil hervor. Oeffentlich-rechtliche und privat-rechtliche Elemente verknüpfen sich hier in einem und demselben Rechtsbegriff. Und demgemäss unterliegt derselbe teilweise den Normen des öffentlichen und teilweise denen des Privatrechts. — Beispiel: Die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten gegen den Staat stammen zwar aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis, enthalten aber zugleich einen privatrechtlichen Bestandteil. —

Die dritte Art der Rechtsbeziehungen zwischen Individuum und Korporation charakterisirt sich durch ihren Inhalt als ein rein öffentlich-rechtliches Verhältnis. Es erscheint in ihm das Individuum nicht als in sich geschlossenes Rechtssubjekt, sondern in seiner Gestalt als organisches Glied eines grösseren Ganzen, zu dem sich seine rechtlichen Beziehungen nach Massgabe der

---

[1]) Wir folgen hier dem Gedankengang in Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I S. 534 ff. und Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung S. 176 ff.; auch Sarwey, a. a. O. S. 337 ff.

„Verfassung", der inneren Lebensordnung, regeln, die sich die Korporation, Staat oder Gemeinde, gegeben hat. Somit fallen sie unter die Herrschaftsgewalt der öffentlichen Korporation. Von ihrem Willen hängt das Sein und Nicht-Sein dieses Rechts ab, vorausgesetzt, dass das verfassungsmässig bestellte Organ der Korporation diesen Willen in verfassungsmässiger Form kundgiebt. Die Normen des öffentlichen Rechts bestimmen daher über dasselbe. — Um Rechtsbeziehungen solcher Art handelt es sich z. B. bei einem Streit wegen Anerkennung der Staatsangehörigkeit. —

Diese drei Typen bilden eine vollständige Zusammenfassung aller Rechtsverhältnisse, welche zwischen den Einzelnen und Staat und Gemeinden statthaben können. Unter ihnen muss daher auch das Recht auf Gemeingebrauch seine Stelle finden — vorausgesetzt, dass Staat und Gemeinden in diesem Rechtsverhältnis eine wesentliche Rolle spielen.

Thatsächlich hat man in jede dieser Gruppen das Recht des Gemeingebrauchs einreihen wollen. Es ist als ein dingliches Privatrecht an den Eigentumsobjekten des Staats und der Gemeinden, es ist als ein rein publizistisches Recht bezeichnet worden und drittens auch als ein Recht, das teilweise privatrechtlicher und teilweise öffentlich-rechtlicher Natur ist. —

Heutiges gemeines Recht.

§ 5.

Unter den Schriftstellern, welche eine privatrechtliche Natur des Gemeingebrauchsrechtes angenommen haben, ist hier zunächst ein neuerer Vertreter dieser Ansicht, Ubbelohde, zu nennen. Nach ihm ist das allgemeine Gebrauchsrecht an öffentlichen Sachen aus einem publizistischen Recht ein „dingliches, einem servitutischen Nutzungsrecht sehr ähnliches" Recht[1]) im gemeinen Recht geworden. Anders bei den Römern; bei ihnen galt es als eine aus dem Bürgerrecht fliessende Befugnis:[2]) Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque (l. 2 § 2 D. ne quid i. l. p. 43,8): Die öffentlichen Plätze dienen dem Gebrauch der Einzelnen kraft ihres Bürgerrechts, nicht gleich als wenn sie den Einzelnen angehören.

---

[1]) Ubbelohde, a. a. O. Tl. IV S. 174.
[2]) Ubbelohde, a. a. O. S. 46.

Ubbelohde erklärt dies aus der veränderten Gestalt, die die Popularinterdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs im gemeinen Recht angenommen haben. Während sie bei den Römern den Charakter von actiones vindictam spirantes trugen und von jedermann gegen irgendwelche Beeinträchtigung seines Rechtes oder des Rechtes anderer als eine die bürgerliche Gesamtheit verletzende Handlung angewendet werden konnten, hat die gemeinrechtliche Theorie und Praxis ihnen nur insoweit Geltung eingeräumt, als sie dazu dienen, das private Interesse des Einzelnen zu schützen, und insoweit auch den Rechtsweg für den Schutz des Gemeingebrauchsrechtes zugelassen. „Folglich ist die Befugnis des Einzelnen zu dieser Mitbenutzung zu einem wirklichen Privatrecht geworden".[1]) So ist der Schutz des Rechts für ihn nicht ein bloss praktisches Kriterium, um mit dessen Hülfe die Struktur des Rechts bestätigt zu finden, sondern er macht es zu dem allein entscheidenden Faktor bei der Bestimmung der juristischen Natur des Gemeingebrauchs. Freilich verkennt er dabei nicht, dass diese „Quasiservitut", wie er dieses Recht nennt, in jeder Beziehung ein anderes Aussehen hat wie sonstige Privatrechte. Erwerb und Verlust des Rechts sind unabhängig vom Willen des Berechtigten, seine „dingliche" Herrschaft ist z. B. dem Eigentümer des öffentlichen Flusses gegenüber so ohnmächtig, dass er dessen willkürliche Bestimmungen über das Objekt sich gefallen lassen muss. Selbst der gänzlichen Entziehung der Gebrauchsmöglichkeit hat er kein Recht auf Fortbestehen entgegenzusetzen. Was bleibt da von einer dinglichen Herrschaft übrig? Sein Gebrauchsrecht greift nur da Platz, wo es dem Eigentümer beliebt, die Objekte seiner „Herrschaft" kommen und gehen, sie wechseln, ohne nach seinem Recht zu fragen.[2])

Ebenso konstruiert Bekker das Recht auf Gemeingebrauch als ein dingliches Recht besonderer Art, wobei er sich allerdings ausdrücklich dagegen verwahrt, rückwärts von der Klage auf das Wesen des zu Grunde liegenden Rechts zu schliessen. Dabei unterscheidet er von dem subjektiven Gemeingebrauchsrecht die Summe dieser Einzelrechte, die zusammengenommen eine Beschränkung des Eigentumsrechtes an den öffentlichen Sachen bilden. Diese Last des Gemeingebrauchs ist aber eine „rein objektive Gebundenheit", da es an einem Subjekt mangelt, welches das Gesamtrecht geltend machen kann; es ist ein subjektloses

---

[1]) **Ubbelohde, a. a. O. Tl. II S. 535, Tl. IV S. 501.**

[2]) **Otto Mayer,** a. a. O. Bd. II S. 115.

Recht.[1]) Das subjektive Recht des Gemeingebrauchs erklärt er für ein dingliches Recht,[2]) das durch die Unmöglichkeit seines Erwerbes, Verlustes und seiner Uebertragung zu einem Recht besonderer Art gestempelt wird. Ihm gilt es als ein Recht von Geldwert, aber nicht als Vermögensrecht. In letzterem liegt ein richtiges Moment zur Charakterisierung des Rechtes. Da es jedem ohne weiteres zusteht, ist es verkehrsunfähig und hat daher auch keinen Tauschwert, vielmehr nur einen individuellen Wert.

Der energischste Verteidiger der Ansicht, dass es sich um ein Recht an der Sache handelt, tritt uns jedoch in Ihering entgegen, der nicht müde wird, in zahlreichen Schriften diesen Gedanken zu vertreten und weiter auszubauen.

Seine Anschauung hängt auf das allerengste mit der Vorstellung zusammen, dass der Begriff der res extra commercium schlechthin unvereinbar ist mit einem privatrechtlichen Eigentum überhaupt.[3]) In der folgenden Betrachtung ist daher von der Voraussetzung abzusehen, die zum Ausgangspunkt der Erörterung genommen wurde, dass der Gemeingebrauch sich als ein Rechtsverhältnis darstellt zwischen den Einzelnen und dem Staat und den Gemeinden als den Eigentümern der öffentlichen Sachen. Auch für Ihering bildet das Recht des Gemeingebrauchs eine Abnormität,[4]) zu dessen Erklärung er sich veranlasst sieht, den Begriff des Rechts überhaupt zu erweitern, „zwei Sphären menschlicher Berechtigung“ zu unterscheiden. Den exklusiven Rechten setzt er eine zweite Form der rechtlichen Unterwerfung der Sachen entgegen, den Gemeingebrauch,[5]) dem Individualrecht das Gemeinrecht.[6]) Während jenem das Moment der Ausschliesslichkeit das charakteristische Gepräge giebt, das Objekt der Herrschaft dort einer einzelnen bestimmten oder mehreren bestimmten Personen unterworfen ist, steht hier die Berechtigung einer unbestimmten Vielheit von Personen zu; die Zahl der Subjekte ist eine stets wechselnde, offene. In ihrem Dienst geht nun die Zweckbestimmung der öffentlichen Sachen gänzlich auf. Die Summe der einzelnen Berechtigungen, denen die öffentlichen Sachen im Dienste der Gesamtheit unterliegen, erschöpfen die an

---

[1]) Bekker, Pandekten I S. 336, 338 Note g. Er selbst hält die Theorie für unfertig. Ihering, der ähnlich konstruiert (vgl. u. S. 17) schafft sich in dem Begriff „Gesellschaft“ ein Subjekt.

[2]) Bekker, a. a. O. S. 342.

[3]) Ihering, Rechtsgutachten im Basler Streit S. 41.

[4]) Geist des römischen Rechts Bd. III, 1 S. 349: „Die römische Rechtstheorie hat dieses Recht nicht mitregistriert.

[5]) Vgl. Ihering, Rechtsgutachten S. 39.

[6]) Geist des römischen Rechts, a. a. O. S. 349; Zweck im Recht Bd. I S. 467 ff.

ihnen überhaupt mögliche dingliche Herrschaft. Die Gesamtheit der Gebrauchsberechtigten nimmt daher den res publicae in publico usu gegenüber dieselbe Stellung ein, die dem Eigentümer an seinem Eigentumsobjekt zukommt.[1]) Darum bleibt hier kein Raum mehr für ein Eigentum des Staats und der Gemeinden. Die rechtliche Beziehung, in der die öffentlichen Sachen zu letzteren stehen, ist nur die notwendige „Rückseite" des Gemeingebrauchs,[2]) die von ihm untrennbar ist, ohne selbständige Bedeutung. Jene rechtliche Beziehung erschöpft sich in einem Oberaufsichtsrecht von Staat und Gemeinden. So fasst Ihering das allgemeine Gebrauchsrecht als die „ungeteilte und unteilbare Gemeinsamkeit des Genusses an dem ungeteilt gemeinsamen Eigentum aller Berechtigten"[3]) auf. Die Berechtigten sind die Mitglieder einer öffentlich-rechtlichen Korporation, des Staats oder der Gemeinden. Da aber die Summe der Einzelnen mit der Körperschaft als Rechtssubjekt nicht identisch ist, so gelangt er zu einem fingierten Rechtssubjekt in Gestalt der „Gesellschaft".

So konstruiert Ihering das Recht auf Gemeingebrauch als ein dingliches, ein Recht an der Sache. Freilich ist ihm dies erst möglich, nachdem er zuvor eine besondere Rubrik für dieses Sachenrecht geschaffen hat, weil es in allen wesentlichen Merkmalen von den übrigen dinglichen Rechten abweicht. Das Moment der Ausschliesslichkeit fehlt dem Recht. Ihering selbst spricht in demselben Zusammenhang[4]) von dem „Mangel des individuellen Verfügungsrechtes, der Unterordnung" des Einzelnen in seiner Rechtssphäre. Ist dann aber der Einzelne noch Herr seines Rechts? Aber gerade das ist ja das charakteristische Merkmal eines jeden Sachenrechts, dass es uns die Herrschaft über eine Sache ermöglicht, vermöge deren wir jedes andere Rechtssubjekt in dieser unserer Rechtssphäre ausschliessen können. Ist nicht jedes „eigene" Recht ein Vorrecht? Und geht hier nicht die Besonderheit, die jedes Privatrecht auszeichnet, verloren, indem Recht des Einzelnen und Recht der Gesamtheit in einander aufgehen? Das „Besondere" verschwindet hier im Allgemeinen, das eigene Recht wird zu einem Recht der Allgemeinheit.[5])

Auch die Quellenstellen, die Ihering anruft, vermögen nicht seine Ansicht zu bestätigen. Selbst Ubbelohde, der zwar für das heutige Recht im Einklang mit Ihering das Recht des Gemeingebrauchs als ein Privatrecht auffasst, muss dies für das römische

[1]) **Ihering, Rechtsgutachten** S. 38.
[2]) **Ihering, a. a. O.** S. 43.
[3]) Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. III, 1 S. 349, Bd. I S. 202.
[4]) **Ihering, Geist des römischen Rechts** Bd. III, 1 S. 343.
[5]) **Eisele, a. a. O.** S. 29 Note 3.

Recht auf Grund der Quellen bestreiten.[1]) Die bereits erwähnte l. 2 § 2 D. ne quid i. l. p. 43,8 (s. S. 14) spricht es in klarster Weise aus, dass das Recht des usus publicus ein aus der Zugehörigkeit zum öffentlichen Verbande (iure scilicet civitatis) fliessendes Recht ist, womit ausdrücklich die private Natur des Rechts verneint wird. Freilich versteht Ihering diese Stelle anders; er bezieht den Ausdruck ius civitatis garnicht auf das Gemeingebrauchsrecht, sondern auf die rechtliche Stellung, die dem Staat im Verhältnis zu den loca publica zukommt.[2])

Es bleibt für ihn der beste Beweis,[3]) dass es sich um ein eigenes Recht an der Sache handelt, der Umstand, dass der usus publicus in Rom durch die actiones populares und die Popularinterdikte geschützt wurde. Dabei beruft sich Ihering[4]) mit Unrecht auf l. 42 pr. D. de proc. 3,3: Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est merito eum, qui de via publica agit et privato damno ex prohibitione afficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem. Multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is, ad quem ea res pertinet. Gerade hier wird ein Gegensatz konstatiert zwischen dem Interdikt, bei welchem es gilt, ein privatum damnum gerichtlich zu verfolgen und solchen Interdikten, bei denen es an einem persönlichen Nachteil fehlt; und darum wird jenes Interdikt auch eine quasi privata actio genannt, weil der gewöhnliche populare, der allgemeine Charakter für diesen Fall nicht mehr ausreicht.[5]) Ebensowenig aber beweist die l. 3 § 9 und l. 12 D. de sepulch. viol. 47,12: Si ad plures ius sepulchri pertineat, utrum omnibus damus actionem an ei, qui occupavit? Labeo omnibus dandam dicit recte, quia in id, quod uniuscuiusque interest, agitur. — Haec actio popularis est. Auch hier ist ausdrücklich ein privates Interesse erwähnt, zu dessen Schutz die Klage gegeben. — Will denn aber Ihering mit den Zitaten beweisen, dass mit Hilfe von Popularklagen und Popularinterdikten auch Privatrechte geschützt werden können; das ist ja allgemein anerkannt. Nach seiner Meinung ist doch vielmehr das private Interesse untrennbar mit den Popularklagen verbunden, es bildet ihre notwendige Voraussetzung. Wenn aber mehrfach in den Quellen so nachdrücklich

[1]) Ubbelohde, a. a. O. S. 52 ff.

[2]) Es ergiebt sich dies aus einer Bemerkung in „Grund des Besitzesschutzes“ S. 154. Ihering steht mit dieser Auffassung der Quellenstelle allein. Anders Kappeler, a. a. O. S. 16; Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht III S. 46, dazu Note 31; Pernice, a. a. O. S. 271; Eisele, a. a. O. S. 28 u. a.

[3]) Rechtsgutachten S. 39.

[4]) Rechtsgutachten S. 39 Note 4.

[5]) Ubbelohde, a. a. O. Tl. IV S. 53 f.

wie hier das persönliche Interesse bei ihrer Anwendung betont wird, kann es unmöglich in dem Wesen der Klage ipso iure enthalten sein. —

Noch deutlicher tritt dies in der von Ihering zitierten l. 6 de pop. act. D. 47,23 hervor: Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat; Frauen und Unmündigen steht die Popularklage nur dann zu, wenn sie persönlich dabei interessiert sind. Daraus ergiebt sich mit Notwendigkeit, dass die Popularklagen bald ein eigenes Recht schützen, bald nicht.[1]) Dazu kommt, dass die Quellen ausdrücklich bezeugen: Eam popularem actionem dicimus, quae sua vi ius populi tuetur.[2])

So findet sich auch im entwickelten römischen Recht kein Nachweis für Iherings Behauptung, dass das allgemeine Gebrauchsrecht an den öffentlichen Flüssen und Wegen privatrechtlicher Natur ist.[3])

§ 6.

Anders stellt sich das Gemeingebrauchsrecht im Lichte einer Auffassung dar, die in ihm die Verknüpfung öffentlich-rechtlicher mit privatrechtlichen Elementen findet. Allerdings lässt sich bei denen, die dieser Ansicht zuneigen, eine Uebereinstimmung im engsten Sinne nicht feststellen. Inwieweit öffentlich-rechtliche und andererseits privatrechtliche Elemente sich in diesem Rechtsinstitut begegnen, darüber weichen diejenigen Schriftsteller, die diese Verknüpfung an sich anerkennen, im einzelnen nicht unerheblich von einander ab. Naturgemäss lässt gerade diese vermeintliche Doppelnatur des Rechtsverhältnisses der individuellen Auffassung den weitesten Spielraum.

Ueberwiegend privatrechtliche Elemente findet Regelsberger in unserm Rechtsbegriff enthalten. Sie geben seiner Ansicht nach demselben überhaupt das charakteristische Gepräge; er nennt das Recht auf Gemeingebrauch auch geradezu ein Privatrecht, ein Sachenrecht eigentümlicher Art.[4])

Diese „eigentümliche Art", die auch er nicht umhin kann, an dem angeblichen Privatrecht anzuerkennen, und die es in

[1]) Ubbelohde, a. a. O. S. 55 f. Eisele, a. a. O. S. 29.

[2]) l. 1 D. de pop. act. 47, 23. So liest Mommsen. Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. III S. 47.

[3]) Nur für das ältere römische Recht, für eine Zeit, in der Staat und populus identische Begriffe, daher die Rechte der Einzelnen am usus publicus Teilrechte waren, deren Summe das Gesamtrecht an der Sache erschöpften, trifft Iherings Anschauung zu. Bruns, Ztschr. für Rechtsgeschichte Bd. III S. 407 Note 195; Gierke, a. a. O. S. 48.

[4]) Regelsberger, Pandekten Bd. I S. 422.

einen Gegensatz zu allen Privatrechten schlechthin stellen, ist eben die publizistische Seite des Rechtes. Er lehnt es mit Entschiedenheit ab, dasselbe in das öffentlich-rechtliche Gebiet zu verweisen, die „Schwierigkeiten“ [1]) würden dadurch nur vergrössert. Was er jedoch als Merkmale dieses Rechts bezeichnet, spricht gegen ihn selbst. Er hebt hervor, dass das Recht ein durch die „Angehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft“ [2]) vermitteltes, mit dem „allgemeinen Interesse verbundenes“ [3]) Recht ist; der Schutz des Rechts ist in erster Reihe den Verwaltungsbehörden anvertraut.[4]) Dies alles charakterisiert das Recht als ein öffentliches. Ebensowenig entgeht ihm der Mangel der freien Verfügbarkeit, der dem Rechte anhaftet und die Gleichheitlichkeit des Rechts, welches allen ohne Unterschied zusteht und welches ebendarum des individualrechtlichen Charakters entbehrt. Das „gleiche Recht für alle“ findet er in den Quellen, in l. 17 D. de serv. praed. rust. 8,3 bestätigt: Imperatores . . . . rescripserunt aquam de flumine publico pro modo possessionum . . . . dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit. Gerade diese Stelle betont aber auch den Gegensatz, der zwischen dem usus publicus und einem „eigenen“ Recht besteht, das auf privatrechtlichem Titel beruht.[5]) Regelsberger widerspricht sich u. E. auch selbst ausdrücklich, wenn er bei dem Versuch der Systematisierung des Gemeingebrauchsrechtes die zum Genuss berechtigten Einzelnen nicht als Träger der Berechtigung anerkennt und ihnen ein „nur abgeleitetes“ Recht zuspricht.[6])

In ähnlicher Weise hält Hahn[7]) das Recht, die öffentlichen Sachen zu gebrauchen, für ein den Realservituten verwandtes Recht. Die dingliche Natur desselben ist jedoch auch für ihn dadurch stark modifiziert, dass es nur dritten, nicht dem Eigentümer, Staat und Gemeinden, gegenüber durch die ordentlichen Gerichte geschützt wird. Es kann durch die einseitige Verfügung der Korporation seine Ausübung unmöglich gemacht werden. Hierin prägt sich die Abhängigkeit des Rechts von der Korporationszugehörigkeit aus.

Am schärfsten jedoch formuliert Bolze[8]) jene Auffassung

---

[1]) Regelsberger, a. a. O. S. 426, Anm. 24.
[2]) Regelsberger, a. a. O. S. 422.
[3]) Regelsberger, a. a. O. S. 421, Anm. 11.
[4]) Regelsberger, a. a. O. S. 426.
[5]) Der auf den öffentlichen Sachen als Ganzes lastende Gemeingebrauch wird auch von Regelsberger ebenso wie von Bekker (s. S. 15) als subjektlose, rein objektive Gebundenheit verstanden. A. a. O. S. 426.
[6]) Regelsberger, a. a. O. S. 426o.
[7]) Hahn, Römische und germanische Rechtsprinzipien S. 408, 416 f.
[8]) Bolze, Der Begriff der juristischen Person S. 75 ff.

von der Zwitternatur des Gemeingebrauchsrechtes. Für ihn stellt sich die Herstellung und Gebrauchseinräumung der öffentlichen Sachen als eine Aufgabe des Staats und der Gemeinden dar, zu der sie ihren Angehörigen gegenüber verpflichtet sind. Die Benutzung dieser gemeindlichen Einrichtungen geschieht daher auf Grund der Verbandszugehörigkeit; das Gebrauchsrecht ist also ein Ausfluss der genossenschaftlichen Beziehungen zwischen Staat und Gemeinden einerseits und ihren Gliedern andererseits, — ein öffentliches Recht.

Hierin erschöpft sich jedoch nicht die Berechtigung der Einzelnen; sie repräsentiert nach Bolze nur eine Seite des Rechtsverhältnisses. Soweit nämlich die Einzelnen nicht in „Ausübung der ihnen gegen die Gesamtheit obliegenden Pflichten“ [1]) sich der öffentlichen Sachen bedienen, thun sie es zu eigenen Zwecken; und diese Möglichkeit, eigene Interessen mit der Benutzung der öffentlichen Sachen zu verfolgen, offenbart — so sagt Bolze — die privatrechtliche Natur des in Frage stehenden Rechts. „Ausschliessendes Privatrecht der Einzelnen und ausschliessendes Recht der Gesamtheit“ [2]) berühren sich in ihm; „körperschaftliches Individualrecht“ nennt Gierke[3]) ein solches Verhältnis.

Die Einwände, die gegen die Konstruktion des Gemeingebrauchsrechtes als eines privaten Rechts im allgemeinen erhoben werden müssen, sind bereits in den früheren Erörterungen enthalten. Es will jedoch scheinen, als ob speziell bei dieser Auffassungsweise unseres Rechts das öffentlich-rechtliche Band zwischen Staat und Gemeinden und deren Gliedern zu eng gefasst ist.

Bildet es einmal eine Aufgabe der öffentlichen Korporationen, die Verkehrswege zu schaffen, zu unterhalten, für die Ueberwachung und Regelung ihrer Benutzung Sorge zu tragen, — was Bolze anerkennt, so ist damit der Freiheit des Individuums, der individuellen Bethätigung des Rechts auf Gemeingebrauch, naturgemäss ein Spielraum gelassen, und es heisst, eine willkürliche Grenze ziehen, wenn man nur diejenige Benutzung der öffentlichen Sachen als eine dem öffentlich-rechtlichen Charakter entsprechende bezeichnet, welche unmittelbar den Zwecken des Staats zu gute kommt. Das Recht des Gemeingebrauchs findet seine Begründung in der körperschaftlichen Beziehung zwischen Einzelperson und Gesamtperson. Dieser Charakter des Rechts bedingt es freilich nicht, dass darum auch das Recht in seinen Einzel-

[1]) Bolze, a. a. O. S. 75.
[2]) Bolze, a. a. O. S. 78.
[3]) Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung S. 216 Note 2.

beziehungen stets in untrennbarem Zusammenhang mit den speziellen Zwecken der bezüglichen Verbandsperson steht. Geht doch die hauptsächliche Zweckbestimmung der öffentlichen Sachen dahin, den Angehörigen von Staat und Gemeinden Dienste zu leisten.[1])

§ 7.

Im Vorangehenden ist bereits in nuce das Ergebnis enthalten, dessen nähere Erörterung nun folgen soll.

Es ist, wie wir sahen, der Nachweis, dass das Recht auf Gemeingebrauch ein Privatrecht oder auch nur teilweise privatrechtlicher Natur ist, nicht gelungen. Es ergab sich vielmehr, dass das Recht in engster Beziehung zu dem öffentlich-rechtlichen Verbande steht, dem der Berechtigte angehört. Nicht aus eigener Kraft schafft sich der Einzelne das Recht des Gemeingebrauchs, sondern die öffentliche Rechtsordnung gewährt es ihm.

Rechte, welche den Einzelnen nicht als solchen mit einer Herrschaft ausstatten, sondern ihm in seiner Eigenschaft als Glied eines öffentlichen Gemeinwesens zukommen, sind öffentliche Rechte.

Das Recht auf Gemeingebrauch fällt ihm zu, wo die thatsächliche Möglichkeit seiner Ausübung vorhanden ist. Es ist kein ius quaesitum, sondern es beruht auf der rechtlichen Beziehung zur bürgerlichen Gesamtheit.

Aber ist denn das Recht wirklich an die Zugehörigkeit zu einem rechtlichen Verbande derart gebunden, dass es nur den Gliedern von Staat und Gemeinden zukommt? Sehen wir denn nicht, dass jeder, der in faktische Berührung mit den öffentlichen Sachen kommt, dieselben in gleichem Umfange nutzt, gleichviel ob er sich Mitglied dieses grösseren Ganzen, dem sie zugehören, nennen kann oder nicht? Daher hat man denn auch jeden, der zum „Publikum“ gehört, als Nutzungsberechtigten bezeichnen wollen,[2]) zugleich aber gesehen, dass der Begriff „Publikum“ für die juristische Konstruktion nicht weiter hilft. Man hat es schliesslich als ein „angeborenes“, als ein „Menschenrecht“[3]) aufgefasst, das in unserer persönlichen Freiheit mit enthalten ist,

[1]) Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts S. 40: „Der Charakter einer öffentlich-rechtlichen Befugnis wird dadurch nicht geändert, dass dieselbe im einzelnen Falle den privatwirtschaftlichen Interessen der Berechtigten zu dienen geeignet ist.“

[2]) Wappäus, a. a. O. S. 112.

[3]) Otto Mayer, a. a. O. S. 114 ff. Aehnlich Dernburg, Pandekten I S. 164: Das Recht . . . ist ein allgemeines der Persönlichkeit.

das „von vornherein und selbstverständlich mit jeder Persönlichkeit, mit jedem rechtsfähigen Subjekt“ [1]) verknüpft erscheint. Freilich hat man es auch bei dieser Erklärung von der Gebundenheit an den öffentlichen Rechtsverband nicht loslösen können; es bleibt auch dann noch ein subjektives öffentliches Recht, zwar nicht im strengen Sinne.[2])

„Wie Luft und Licht“, sagt Brinz,[3]) „durch die Natur, so sind gewisse Teile des Bodens durch rechtliche Verfügung als etwas für alle Notwendiges, das sie nicht bloss haben dürfen, sondern haben müssen, und was also zu ihrem Sein selbst und unwillkürlich mitgehört, für alle bereit gehalten.“

Aber nötigt denn überhaupt der Umstand, dass das Recht der Ausdehnung fähig ist, dass es auch von solchen ausgeübt wird, welche nicht in rechtlicher Hinsicht dem öffentlichen Verbande angehören, der die Herrschaft über die öffentlichen Sachen hat, — nötigt dieser Umstand dazu, den Grundsatz aufzugeben, dass das Recht auf Gemeingebrauch in den körperschaftlichen Beziehungen zwischen Individuum und juristischer Person begründet ist? Keineswegs. Es zeigt sich vielmehr, dass die Benutzung der öffentlichen Flüsse und Wege eines Gemeinwesens durch Personen, die diesem nicht zugehören, teilweise durch besondere rechtliche Satzung geregelt ist; z. B. durch völkerrechtliche Bestimmungen über den Gemeingebrauch internationaler Flüsse;[4]) ferner durch Staatsverträge, die dem Ausländer die gleiche Rechtsstellung mit dem Staatsangehörigen zusichern. Innerhalb des gesamten deutschen Rechtsgebiets kommt bezüglich der Rechtsstellung der Angehörigen der deutschen Bundesstaaten der Artikel 3 der Reichsverfassung in Betracht, welcher dem Angehörigen eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate die Rechtsstellung des Inländers gewährleistet.[5])

Dass nicht ohne weiteres und von selbst das Recht des usus publicus sich überträgt, geht auch aus Art. 54 der Reichsverfassung Abs. 5 hervor, wo es heisst, dass das Reich dafür zuständig ist, auf fremde Schiffe und deren Ladungen andere oder höhere Abgaben für die Benutzung der natürlichen und künstlichen Wasserstrassen zu legen als von den Schiffen der Bundesstaaten und deren Ladungen zu entrichten sind. Soviel lässt sich auch hieraus entnehmen, dass die Normierung des Gemeingebrauchs für Fremde eine andere ist als diejenige, die für

---

[1]) **Otto Mayer, a. a. O. S. 116.**
[2]) **Brinz, Pandekten I S. 465.**
[3]) **Brinz, Pandekten I. S. 465.**
[4]) Wiener Kongressakte von 1815; Rheinschiffahrtsakte von 1868.
[5]) **Regelsberger, a. a. O. S. 419.**

den Einheimischen besteht. Die Bedingungen, unter denen die Benutzung verstattet ist, sind andere.

Schon die Verstattung des Aufenthalts, welcher dem Nicht-Einheimischen im Staatsgebiete gewährt wird, trägt auch die Verstattung des Gemeingebrauchsrechtes in sich. Denn für jede Bethätigung der Persönlichkeit nach aussen bildet unser Recht die unerlässliche Voraussetzung.

Nicht anders verhält es sich mit den öffentlichen Wegen der Gemeinden, an denen nicht nur die Gemeindeglieder die Nutzung haben, sondern ebenso alle andern, die ihr Gebiet betreten. Die territoriale Bedeutung des Gemeinwesens verlangt die Ausdehnung dieser Rechte,[1]) ohne dass jedoch um dieser Ausnahmen willen ihre rechtliche Natur, ihr inneres Wesen geändert wird. Grundsätzlich bleibt es darum doch ein Recht, das an die Zugehörigkeit zum öffentlich-rechtlichen Verbande geknüpft ist. Und in dieser Auffassung begegnen wir uns mit der grossen Mehrheit derer, die sich über das Wesen unseres Rechts geäussert haben.[2])

Preussisches Landrecht.

§ 8.

Einen unvergleichlich geringeren Umfang nimmt die Frage nach der Natur des Gemeingebrauchsrechtes in der Litteratur des preussischen Rechts ein.

Der Gesetzestext giebt auf diese Frage keine Antwort. Aber Theorie und Praxis haben übereinstimmend den publizistischen Charakter des Rechts anerkannt.

Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. I S. 139: „Der Gemeingebrauch . . . . gewährt eine durch das öffentliche Recht verbürgte Befugnis".

Koch, Kommentar zum Allg. Landrecht Bd. IV S. 939 Note 9: „Der Einzelne hat kein Privatrecht auf die Benutzung eines öffentlichen Weges".

---

[1]) Vgl. Gierke, Die Genossenschaftstheorie u. s. w. Seite 216 Note 3.

[2]) Eisele, a. a. O. S. 27; Gierke, a. a. O. S. 193 f.: „rein publizistische Gebrauchsrechte ohne jede individualrechtliche Beimischung". Pernice, a. a. O. S. 273; Stengel, Verwaltungsrecht S. 55; Wappäus, a. a. O. S. 112; Sarwey, a. a. O. S. 105 f. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 131 Note 1; Randa, Eigentumsrecht S. 45 f.; Gerber-Cosack, a. a. O. S. 92. Bruns, Ztschr. für Rechtsgeschichte Bd. III S. 407 f.; Hirsekorn, a. a. O. S 42; Kollath, Die Geltung der römisch-rechtlichen Grundsätze über die res extra commercium im heutigen Recht S. 56.

Nach A.L.R. § 7 II, 15 ist der freie Gebrauch der Land- und Heerstrassen einem Jeden zum Reisen und Fortschaffen seiner Sachen gestattet. A.L.R. § 44 II, 15 sagt: „Der Gebrauch des Flusswassers aus öffentlichen Strömen . . . . . ist einem Jedem unverwehrt.“ „Die Schiffahrt ist auf solchen Flüssen . . . . einem Jeden erlaubt. (A.L.R. § 47 II, 15.) Der Staat gewährleistet damit einem „Jeden“ das Recht des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Sachen.

Wie aber naturgemäss der Gesetzgeber des preussischen Staats bei der Einräumung dieses Rechts an die Staatsangehörigen dachte, so hat auch die Praxis das Moment der Staatsangehörigkeit für die Charakterisierung des Rechts in Betracht gezogen.

Die Entscheidung des Ober-Tribunals Band XX S. 401 verneint das Bestehen einer privaten Befugnis auf Benutzung der Land- und Heerstrassen für die Staatseinwohner, „geschweige die fremden Reisenden“. Ebenso spricht die Reichsgerichtsentscheidung Bd. I S. 366 f. (vom 23. Februar 1880) von der Frage, inwieweit den einzelnen Mitgliedern der Staatsgemeinschaft eine Befugnis zur Benutzung des Meeresufers gebühre; desgleichen die Entscheidung des Reichsgerichts bei Gruchot Bd. 24 S. 508 f., welche von den im Eigentum der Gemeinden stehenden Wegen spricht, an welchen dem „Kläger als Gemeindemitglied“ Rechte zustehen.[1])

Ausdrücklich aber findet sich in der Deklaration vom 26. Juli 1847 § 1 Abs. 2 der Gemeingebrauch an den öffentlichen Sachen der Gemeinden auf die Zugehörigkeit zu ihnen begründet. Darnach kommen die Nutzungen des Gemeindeglieder- oder Bürgervermögens, zu dem in erster Reihe die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gehören, den einzelnen Gemeindegliedern oder Einwohnern „vermöge dieser ihrer Eigenschaft“ zu.[2])

§ 9.

Der publizistische Titel des Rechts auf Gemeingebrauch reicht indessen nicht hin, seine Struktur zu bestimmen.

Auf publizistischem Titel beruhende Rechte können auch Privatrechte sein. So knüpft Ihering, gerade der energischste Verteidiger der Ansicht, dass das Gemeingebrauchsrecht ein

[1]) Vgl. hierzu Präjudiz des Ober-Tribunals Nr. 1871: Die Nutzungen öffentlicher Wege der Gemeinden sind für den Gebrauch aller Mitglieder bestimmt. Ferner Erk. des Ober-Trib. bei Gruchot Bd. XIV S. 786 f.

[2]) Entwurf eines preuss. Wassergesetzes. S. 156 (Begründung): Das Recht zum Gemeingebrauch ist ein publizistisches.

Privatrecht sei, dieses Recht an die Zugehörigkeit zum Staat oder zur Gemeinde.[1]) Die Natur des Rechts zeigt sich erst in klarem Bilde, wenn die einzelnen rechtlichen Beziehungen ins Auge gefasst werden, die sich an das Recht, an sein Werden, seinen Bestand und sein Vergehen knüpfen. Erst am Ende seines „Lebenslaufs" lässt sich die Summe ziehen. Das einzelne Rechtsverhältnis muss den öffentlich-rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs offenbaren.[2])

Die Vereinigung von gemeinem und preussischem Recht giebt erst ein vollständiges Bild des Rechtes selbst.

Das Recht des Gemeingebrauchs wird in dem Augenblicke Wirklichkeit, wo Staat und Gemeinde durch Herstellung und Indienststellung öffentlicher Flüsse und Wege die reale Basis für die Bethätigung des Gemeingebrauchs schaffen.[3])

Die Indienststellung der öffentlichen Flüsse und Wege beruht stets auf positivem Recht. Sie kann durch die Bestimmung des Gesetzes geschehen, dass von der Natur geschaffene Sachen wie schiffbare Flüsse dem gemeinen Gebrauch freigegeben werden. In der Regel aber schaffen die zuständigen Organe der öffentlichen Gewalt dieselben selbstthätig, so Strassen und Plätze. Ihre Benutzung ist dann auf Grund förmlicher Erklärung[4]) oder auch nur faktischer Zulassung verstattet. Der Gemeingebrauch ist gesetzlich oder gestiftet.[5])

Naturkraft und Staatsgewalt wirken zusammen, wenn Privatflüsse vom Staat in schiffbare verwandelt werden und damit für den öffentlichen Gebrauch dienstbar geworden sind. (A.L.R. § 39 II, 15).

Stets ist es ein publizistischer Akt, durch den das Recht auf den gemeinen Gebrauch begründet wird. Es entsteht nicht für den bestimmten Einzelnen, das Recht kommt ihm nur als Glied eines öffentlichen Verbandes zu, dessen allgemeine Interessen die Verwaltung wahrzunehmen hat.

Jedoch noch weiter rückwärts hin, schon die Entstehungsgeschichte der öffentlichen Sachen lässt erkennen, dass nicht

---

[1]) Ihering, Geist d. r. R. Bd. III S. 348. „Den Fremden kommen diese (öffentl.) Sachen nur in Form der Reflexwirkung zu gute".

[2]) Stengel, Verwaltungsrecht S. 37; Entsch. des Reichsgerichts vom 22. September 1888 im Justiz-Ministerial-Blatt für die Preussische Gesetzgebung und Rechtspflege 1888 S. 78 und ff.

[3]) Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. Bd. II Sachenrecht S. 19 b.

[4]) l. 2 § 21 D. ne quid i. l. p. 43,8: viae autem publicae solum publicum est, relictum aut directum certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi habuit, ut ea publice iretur et commearetur.

[5]) Regelsberger, a. a. O. S. 420.

gleichwertige Interessen in den mit ihnen zusammenhängenden Rechtsverhältnissen sich gegenüberstehen sondern Individual- und Sozialinteressen. Denn um den ihnen gestellten Aufgaben auf dem Gebiet der öffentlichen Sachen gerecht zu werden, ist den Behörden ein Eingriff in die Privatrechtssphäre, die Enteignung, zu Gunsten der öffentlichen Unternehmungen gestattet. Bei Anlegung und Verbreiterung einer öffentlichen Landstrasse, eines schiffbaren Kanals oder Flussbettes können die Besitzer der angrenzenden Grundstücke gezwungen werden, dieselben teilweise oder völlig dem Staate käuflich zu überlassen.[1]) Nur die Berufung auf das „öffentliche Wohl“ [2]) rechtfertigt die zwangsweise Entsetzung des Eigentümers; es siegt das allgemeine Interesse über das private.

Wir sehen, unabhängig von seinem Willen wächst dem Einzelnen als Glied einer Gemeinschaft das Recht zu. Ist aber einmal das Recht für die Gesamtheit begründet, so hat zugleich der Einzelne in ihr ein Recht auf Zulassung zum Gemeingebrauch auf Grund seiner Zugehörigkeit zu dem öffentlichen Verbande, für dessen Glieder das Recht anerkannt ist. Seine Ausschliessung kann die Verwaltungsbehörde nur mit Gründen des allgemeinen Interesses, aus sitten- oder gesundheitspolizeilichen Rücksichten rechtfertigen.[3]) Die Ausschliessung kann sich niemals auf das Eigentum als solches stützen.

Das Recht auf Gemeingebrauch ist unverzichtbar. Wer selbst auch für seine Person auf die Ausübung des Rechts verzichtet, ändert nichts an dessen rechtlichem Bestande.[4]) Darum geht auch das Recht durch seinen Nichtgebrauch nicht unter; l. 2 D. de via publica 43, 11: Viam publicam populus non utendo amittere non potest.[5])

Auch durch unvordenkliche Verjährung kann der Gemeingebrauch begründet werden.[6]) Auch hier der Gesichtspunkt der öffentlich-rechtlichen Gemeinschaft: Die Glieder einer Gemeinde erwerben derselben Rechte an einer Sache; die unvordenkliche Verjährung ist ein Surrogat der Ersitzung. Es muss jedoch ein den Erwerb anerkennender Beschluss der Behörden hinzukommen.[7])

---

[1]) A.L.R. § 5 I, 11; §§ 18, 20, II 15. Strombauverwaltungsgesetz v. 20. August 1883.

[2]) Preuss. Enteignungsges. vom 11. Juni 1874 § 1.

[3]) Sarwey, a. a. O. S. 430.

[4]) Neuner, a. a. O. S. 131 Note 1.

[5]) Eisele, a. a. O. S. 28; R.G. Bd. VIII Nr. 39 S. 158 (vom 10. I. 1883).

[6]) Stengel, Verwaltungsrecht S. 54; Ubbelohde, a. a. O. Tl. IV S. 139; Seuff. Arch. N.F. Bd. IV Nr. 7.

[7]) Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 12. XI. 1889 (Preussisches Verwaltungs-Blatt XI S. 255).

§ 10.

Staat und Gemeinden bestimmen die öffentlichen Flüsse und Wege für den Gemeingebrauch. Ihren Organen liegt im gemeinen wie im preussischen Recht die Ueberwachung und Regelung des Gemeingebrauchs ob.[1])

Für das preussische Recht hat das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 die Befugnisse der Wege- und Wasserpolizei normiert. Die Wegepolizei hat dafür Sorge zu tragen, dass den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs Genüge geschieht.[2]) Die öffentliche Ordnung verlangt, dass die Behörden die Gebrauchsrechte regeln und Art und Umfang derselben festsetzen. Rücksichten der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit sollen für die Massnahmen der Verwaltung die Richtschnur bilden.

Sowie der Einzelne sein Recht nur zugleich mit der Gesamtheit der Gemeindegenossen erhält, so übt er es auch mit ihnen zusammen aus. Dabei hat jeder, der sein eigenes Recht auf Gemeingebrauch ausübt, stets das gleiche Recht der Anderen im Auge zu behalten. Wer Wasser aus einem öffentlichen Flusse zu eigenem Gebrauche ableitet, muss es wieder zurückleiten.[3]) Das öffentliche Interesse wacht über jeder Benutzung.

Freilich ist das Recht auf Gemeingebrauch kein fest umgrenztes. Auch die Bestimmungen des Landrechts hierüber können nur als Mindestmass der Berechtigung angesehen werden. Sie weitet sich und verengt sich nach den jeweiligen Bedürfnissen. Steigende Benutzung trägt die natürliche Tendenz der Beschränkung des Gemeingebrauchs für den Einzelnen in sich. Was hier gestattet ist, ist dort unerträglich; die Interessen der Allgemeinheit entscheiden darüber.[4]) Der civilrechtliche Titel der unvordenklichen Verjährung greift bei der Ausübung des Gemeingebrauchs, anders als bei der Entstehung, gegenüber den Mitberechtigten nicht Platz.[5]) Auch langjährige ungestörte Nutzung giebt kein Recht darauf, andere, durch deren Mitnutzung das eigene Recht geschmälert wird, auszuschliessen.

Sowie bei der Zwangsenteignung das Privatrecht dem öffentlichen Recht weichen muss, so verliert auch das Pfandrecht an

---

[1]) A.L.R. II. 15 §§ 11, 61, 62 u. 79. — Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. Bd. II Sachenrecht S. 22 (1).

[2]) Preuss. Gesetz betr. die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden v. 1. Aug. 1883 § 55 ff. u. § 65 ff.

[3]) R.G. Bd. XV Nr. 38 S. 182 (vom 19. III. 1886), XVI Nr. 31 S. 145 (vom 9. VII. 1886). (Gemeines Recht).

[4]) Entsch. des R.G. bei Gruchot Bd. 33 S. 425.

[5]) Seuff. Arch. Bd. II N.F. Nr. 299. — Eine Grenze hierfür ist in A.L.R. § 246 II, 15 geschaffen.

öffentlichen Sachen, solange sie als solche bestehen, seine dingliche Kraft. Gemeines Recht[1]) und preussisches Landrecht stimmen hierin überein. Auf Grund des § 39 der preussischen Subhastationsordnung vom 15. März 1869 wurde die beantragte Subhastation einer dem öffentlichen Verkehr übergebenen Strasse in der Reichsgerichtsentscheidung vom 17. März 1887 (R.G. Bd. IV S. 279) zurückgewiesen.[2]) Die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung der Sache, die Erhaltung des Gemeingebrauchsrechtes, trägt den Sieg über das private Recht davon.[3]) Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass überhaupt Privatrechte an öffentlichen Flüssen und Wegen bestellt werden können. Nur soweit ein solches Recht des Einzelnen das allgemeine Gebrauchsrecht geradezu in Frage stellt, verliert es seine Wirksamkeit.[4])

§ 11.

Wie die Schaffung und Unterhaltung, so gehört auch die Veränderung, Verlegung und Einziehung der öffentlichen Flüsse und Wege zu den Aufgaben des Staats und der Gemeinden. Das Recht des Gemeingebrauchs entsteht durch öffentlich-rechtlichen Akt, es wandelt sich durch ihn und geht auch durch einen solchen unter. Auch hier erweist sich bei Verlegung eines Strombettes der soziale Zweckgedanke siegreich über die individuelle Rechtssphäre in Form der Zwangsenteignung. (A.L.R. § 71 f. II, 15.)

Das Recht ist nicht unentziehbar;[5]) öffentliche Interessen, Zweckmässigkeitsgründe, wie sie überhaupt für die Verwaltungsbehörden bestimmend sind, entscheiden auch über dieses Gebrauchsrecht. Dabei ist im preussischen Recht nach § 57 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 inbetreff der öffentlichen Wege den „Beteiligten“ das Recht des Einspruchs vor endgültiger Beschlussfassung über ihre Verlegung und Einziehung zugesichert; bei Regulierung öffentlicher Flüsse sind die „Beteiligten“ nach § 2 Abs. 1 des Strombauverwaltungsgesetzes vom 20. August 1883 zu „hören.“

---

[1]) l. 17 D.D.V.S. 50, 16. Vgl. hierzu Dernburg, Rechtsgutachten über den Streit betr. die Festungswerke der Stadt Basel S. 4 Anm. (Fälschlich dort als l. 117 bezeichnet, ebenso Wappäus, a. a. O. S. 111).

[2]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II S. 100 Note 19.

[3]) Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 48 S. 161: „Bei einer Kollision zwischen dem das Recht des gemeinen Wesens sichernden öffentlichen Recht und einem besonders bestellten Privatrecht tritt das letztere als das schwächere Recht hervor“.

[4]) Burckhardt, Zur Lehre vom öffentlichen Gut in Grünhuts Zeitschrift Bd. XV S. 645.

[5]) Neuner, a. a. O. S. 131 Note 1.

In gleicher Weise ist auch gemeinrechtlich ein Recht auf Fortbestand der Nutzungsbefugnis niemals anerkannt worden. Wenn auch die Quellen in § 2 J. de inut. stip. III, 19 von der res . . . . usibus populi perpetuo exposita und in l. 83 § 5 D. de verb. oblig. 45,1 von der res usibus publicis in perpetuum relicta sprechen, so ist damit nur das „Kriterium einer öffentlichen Sache in ihrer Bestimmung zum dauernden Gebrauch" angedeutet und keine Verpflichtung von Staat und Gemeinden, sich jeder Veränderung der öffentlichen Sachen zu enthalten, die das allgemeine Gebrauchsrecht ergreift, ausgesprochen.[1])

Es besteht vielmehr die Verpflichtung, nicht die jeweilig mit dem Anspruch auf Berücksichtigung hervortretenden Interessen als die allein massgebenden zu betrachten, sondern auch den dauernden des Schutzes würdigen Interessen in freier Erwägung Beachtung zu schenken.[2]) „Vermittlung zwischen dem Stiftungswillen der Vergangenheit, der Not der Gegenwart und der Anwartschaft der Zukunft" — wie Ihering[3]) mit Beziehung auf die Gemeinberechtigungen an öffentlichen Sachen sagt — stellt sich hier als die Aufgabe der Verwaltung dar.

Es kann demnach der Titel der unvordenklichen Verjährung, so wenig er die Kraft hat, durch Ausschliessung anderer eine Minderung des eigenen Rechts fernzuhalten, ebensowenig Einwirkung auf die Verfügungsgewalt des Eigentümers der öffentlichen Sachen ausüben. Der öffentliche Weg, der seit Menschengedenken für die allgemeine Benutzung offen stand, kann derselben nichtsdestoweniger auf Beschluss der zuständigen Behörde entzogen werden; ein Anrecht auf sein Fortbestehen ist damit nicht erworben.[4])

Dass ein Recht auf Fortbestand des Gemeingebrauchs, den Staat oder Gemeinden ihren Gliedern eingeräumt haben, mit der einmaligen Verstattung nicht begründet ist, ist die notwendige Folge davon, dass das Recht selbst ein publizistisches ist.

Da aber diese Rücknahme des Rechts für diejenigen, die es bisher genutzt haben, eine Einbusse von Vorteilen bedeutet, die man oft als sicheren Besitzstand wähnte, so ist naturgemäss das Verlangen eines Entgelts für den entzogenen Vorteil dort laut geworden, wo derselbe für die Nutzung eigener Vermögensobjekte von grösster Bedeutung ist. Dies trifft vornehmlich auf die Anlieger der öffentlichen Strassen zu.

---

[1]) R.G. Bd. III Nr. 49 S. 171 (vom 16. XI. 1880).
[2]) Entsch. des Ob.-Verwaltungsgerichts Bd. XXV S. 223.
[3]) Ihering, Geist des röm. Rechts III, 1 S. 350.
[4]) Seuff. Arch. N.F. Bd. VI Nr. 95, Bd. VII Nr. 189. — Sarwey, a. a. O. S. 502.

Die Frage nach der Berechtigung eines Entschädigungsanspruchs derselben im Falle einer Verlegung oder Veränderung der Strasse, durch welche der bisherige Zugang zu derselben erschwert oder unmöglich gemacht wird, kann für das preussische Recht und das gemeine Recht nicht einheitlich beantwortet werden.

Theorie und Rechtsprechung sind für das gemeine Recht sehr weit auseinandergegangen. Es lässt sich wohl behaupten, dass in der Theorie die Anerkennung eines Anspruchs auf Schadensersatz überwiegt, die Praxis indessen sich immer entschiedener gegen eine Entschädigung ausgesprochen hat.

Wie verschieden auch die Frage beantwortet ist, so herrscht darin doch Uebereinstimmung, dass einerseits mehr oder minder grosse Unbequemlichkeiten und Belästigungen bei der Benutzung der öffentlichen Strasse infolge von Veränderungen seitens der Anlieger ohne weiteres in den Kauf genommen werden müssen,[1]) und dass andererseits, wo durch Massnahmen der verwaltenden Behörden ein Eingriff in die Privatrechtssphäre, in die Substanz des Grundstücks, verursacht worden, ein civilrechtlich verfolgbarer Anspruch ex lege Aquilia dem Anlieger gegeben ist.[2]) Innerhalb dieser Grenzen aber liegt ein Gebiet, auf dem die Ansichten weit auseinandergehen, umsomehr als die Quellen die Frage unerörtert lassen.

Die vielfachen Versuche, einen Entschädigungsanspruch zu konstruieren, welche sich aus der Billigkeitserwägung erklären lassen, den im Einzelfalle durch bauliche Veränderungen an öffentlichen Wegen wirtschaftlich schwer Geschädigten einen Ersatz für die dadurch bewirkte Wertminderung seines anliegenden Grundstücks oder für die Beeinträchtigung seines Gemeingebrauchsrechtes an der via publica zuzubilligen, — diese Versuche müssen als unvereinbar mit der publizistischen Natur des Rechtes auf Gemeingebrauch bezeichnet werden. Sie sind zum mindesten solange abzuweisen, als nicht ein entgegenstehender Rechtssatz jenen Anspruch dem Geschädigten gewährleistet. Und hierin beruht auch der Gegensatz, der bei dieser Frage zwischen dem gemeinen und dem preussischen Recht hervortritt.

Es ist für die Gewährung einer Entschädigung geltend gemacht[3]) worden, dass zur Sicherheit des Privateigentums, zur Erhaltung des Vertrauens im Verkehr eine solche Vermögenseinbusse durch behördliche Massnahmen, die im öffentlichen

---

[1]) Seuff. Arch. Bd. XXIX Nr. 244; N.F. Bd. I Nr. 41.
[2]) Seuff. Arch. N.F. Bd. IV Nr. 306.
[3]) Dernburg, Pandekten Bd. I 170, Seuff. Arch. Bd. VII Nr. 184.

Interesse vorgenommen werden, nicht ohne Aequivalent gelassen bleiben darf. Dieser Satz in Anwendung auf das in Frage stehende Rechtsverhältnis kann nur als eine petitio principii bezeichnet werden. Denn es ist dabei bereits vorausgenommen, dass jeder Anlieger wirklich ein solches Vertrauen auf die Fortdauer des augenblicklich für ihn bestehenden Gebrauchsrechtes berechtigter Weise haben darf.[1])

Es ist ausserdem versucht worden, eine Entschädigungspflicht aus einem stillschweigend geschlossenen Vertrage zwischen Staat oder Gemeinde und den Anliegern herzuleiten, welcher den Ersteren die Uebernahme einer Garantie für die Integrität und Brauchbarkeit der Häuser in der ihnen einmal gegebenen Gestalt zuschiebt. Dieser Vertrag kommt angeblich[2]) dadurch zustande, dass die Gemeinde ein gewisses Gebiet zur Strasse erklärt, zur Bebauung der anliegenden Grundstücke auffordert und damit zugleich jene Garantie stillschweigend offeriert; jeder Bauende gilt dann als Acceptant jener Offerte.

Nach anderer Ansicht wiederum hat dieser stillschweigende Vertrag die Einräumung einer Servitut[3]) zum Inhalte.

Dass die Annahme eines Garantievertrages willkürlich geschaffen ist, um die Entschädigung juristisch rechtfertigen zu können, liegt auf der Hand.[4]) Aber auch die Servitut, deren „dinglicher" Charakter allein darin besteht, bei ihrer Aufhebung einen Entschädigungsanspruch zu begründen, ist keine Servitut. Denn für die Dauer seines Bestehens äussert das Recht des Anliegers keine anderen Wirkungen als das aller Gebrauchsberechtigten.[5])

Geht man davon aus, dass eine Rechtsnorm für die Entschädigungspflicht nicht vorhanden ist, so hat mit dieser Thatsache jeder, der sich an einer Strasse anbaut, zu rechnen. Sein

---

[1]) Ubbelohdes Polemik (a. a. O. Tl. IV S. 187 f.) gegen Dernburg kann nicht als zutreffend bezeichnet werden, da Dernburg's Grundsatz nur zur Hälfte zitiert wird und die Polemik gegen diesen selbstgeschaffenen Grundsatz nicht mehr eine solche gegen Dernburg ist. Neuerdings findet Dernburg in seinem Werke über das Bürgerliche Recht (Bd. III Sachenrecht S. 200) die Annahme, dass die Grundstücksbesitzer ein Recht auf die Kommunikation durch die Strasse und daher bei Verletzung einen Schadenersatzanspruch haben, aus den Zwecken des städtischen Zusammenlebens, der „Natur der Dinge" genugsam gerechtfertigt.

[2]) Seuff. Arch. Bd. XXII Nr. 144; R.G. Bd. X Nr. 76 S. 272 (Rheinisches Recht, aber aus allgem. Gründen).

[3]) Seuff. Arch. Bd. XVIII Nr. 141, Bd. XXIX Nr. 244.

[4]) Eine vortreffliche Entscheidung des O.L.G. zu Hamburg bei Seuff. Arch. N.F. Bd. V Nr. 99. Dernburg, a. a. O. S. 200: „Der stillschweigende Vertrag ist . . . . eine Fiktion".

[5]) Anschütz, a. a. O. S. 112.

Gebrauchsrecht an der öffentlichen Strasse steht ihm wie jedem anderen als publizistisches Recht nur solange zu, als die verwaltende Behörde es gewährt.[1]) Andererseits kann er verlangen, dass letztere alle berechtigten Interessen bei ihren Unternehmungen in Rechnung zieht, und wo er sich in seinen Rechten verletzt glaubt, durch Beschwerde im Verwaltungswege Abhilfe suchen.[2]) Schliesslich erscheint dieses Resultat auch keineswegs als ein solches, das mit jeder Billigkeit im Widerspruch steht. Im Leben der Gesamtheit geht das öffentliche Wohl dem privatem vor; die Gewinnung allgemeiner Vorteile verlangt stets die Aufopferung privater Vorteile.[3])

Zu demselben Ergebnis, wenn auch aus anderen Gründen, gelangt neuerdings Anschütz, der davon ausgeht, dass der Gemeingebrauch kein subjektives Recht ist, sondern ein rein thatsächlicher Vorteil, und der in Handlungen des Staates, welche eine Beeinträchtigung der Kommunikation für die Hausgrundstücke nach sich ziehen, nicht die rechtmässige Ausübung öffentlicher Hoheitsgewalt, sondern privater Eigentumsgewalt erkennt.[4])

Anders stellt sich diese Frage für das preussische Recht. Es ist durch § 81 A.L.R. 1, 8 ein Recht der Strassenanlieger auf die Benutzung der städtischen Strasse gesetzlich begründet, welches in der jedermann zustehenden Befugnis, sich der Strasse als Kommunikationsmittel zu bedienen, nicht aufgeht.[5]) Denn es hat der Hauseigentümer die Pflicht der Unterhaltung des sog. Bürgersteiges und ein nur durch die Zweckbestimmung der Strasse als öffentlichen Verkehrsweges beschränktes Nutzungsrecht an demselben. Dieses Rechtsverhältnis hat die für die gesamte spätere Praxis des Reichsgerichts massgebende Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. März 1882 (Bd. VII No. 63 S. 213) als eine rein privatrechtliche Dienstbarkeit aufgefasst, als ein wohl erworbenes Recht, dessen Aufhebung oder wesentliche Schmälerung nach § 75 Einl. zum A.L.R. nur gegen Entschädigung

---

[1]) Seuff. Arch. Bd. XXIX Nr. 267, Bd. XVII Nr. 121; R.G. Bd. VI Nr. 42 S. 159 f. (v. 13. I. 1882); Seuff. Arch. N.F. Bd. XIV Nr. 188 (Entsch. des R.G. v. 21. III. 1889).

[2]) R.G. Bd. III Nr. 49 S. 171 (v. 16. XI. 1880), Bd. XXI Nr. 35 S. 191 (v. 6. IV. 1888).

[3]) Vergl. hierzu die allgemeinen Gründe der Entscheidung des obersten Gerichtshofes für Bayern, Sammlung Bd. VII Nr. 19 S. 50 ff. und besonders Eudemann, a. a. O. S. 22 Anm. 9.

[4]) Anschütz, a. a. O. S. 90 f., S. 108 f.

[5]) Striethorst Arch. Bd. 62 S. 276; Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 72 S. 1 ff.

erfolgen kann.[1]) Eine Entschädigung ist jedoch nur insoweit anerkannt, als die Strasse an ein Hausgrundstück angrenzt, nicht auch da, wo ein Gartengrundstück in Frage steht.[2])

Ist infolge eines Durchstichs einem öffentlichen Flusse ein anderer Lauf angewiesen, so sind die Anlieger nach ausdrücklicher Vorschrift A.L.R. § 71, II 15 vollständig zu entschädigen. Jedoch nur dann hat die Praxis den Entschädigungsanspruch anerkannt, wenn der Fluss den Anliegern als „Kommunikationsmittel" dient.[3]) Es ist indes damit nicht ausgesprochen, dass der Fluss das ausschliessliche Kommunikationsmittel für den Anlieger ist, nur muss er als solches für ihn in Betracht kommen.

Hingegen ist den Anliegern der nicht-städtischen Strassen, der Landstrassen und Chausseen, die Entschädigung stets zu versagen, da nach A.L.R. § 1 II, 15 diese Wege allein den Zweck haben, Ortschaften mit einander zu verbinden.[4]) Die Entschädigungspflicht muss auch dann verneint werden, wenn Landstrassen als solche durch eine Stadt oder ein Dorf geführt werden;[5]) an der Rechtslage derselben wird hierdurch nichts geändert.

---

§ 12.

Es wurde bisher das Recht in seiner Entstehung, in seiner Ausübung und seiner Endigung verfolgt; es bleibt noch übrig, von seinem Schutz zu sprechen.

In allen seinen Beziehungen ist die publizistische Natur des Rechts sichtbar. Das Recht wurzelt im öffentlich-rechtlichen Verbande; als Gliedern eines grösseren Ganzen, dem sie eingeordnet sind, fällt es den Einzelnen zu, es ist ihnen durch die öffentliche Rechtsordnung verbürgt. Daher wird folgerichtig der Schutz dieses Rechts durch die Gerichts-Organe des öffentlichen Rechts gewährt. Es ist nicht dem Einzelnen überlassen, sein Recht durchzusetzen; denn sein Recht ist kein „eigenes". Darum

[1]) R.G. bei Gruchot Bd. 27 S. 893 u. Bd. 36 S. 683; R.G. Bd. XXIV Nr. 50 S. 245 (vom 5. VI. 1889), Bd. XXV Nr. 50 S. 242 (vom 28. XI. 1889), Bd. XXXVI Nr. 68 S. 272 (vom 21. IX. 1895), Bd. XXXVII Nr. 65 S. 252 (vom 19. III. 1896). So auch Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht Bd. I S. 112 Note 21. Anders freilich die preussisch-rechtliche Entscheidung des obersten Gerichtshofes f. Bayern, Sammlung Bd. VII S. 50 ff.

[2]) Juristische Wochenschrift 1889 Nr. 42 S. 314 und Entsch. des Reichsgerichts vom 28. November 1889 (Just.Min.Blatt 1890 S. 251 ff.).

[3]) R.G. bei Gruchot, Bd. 29 S. 679.

[4]) R.G. bei Gruchot, Bd. 25 S. 1049.

[5]) R.G. bei Gruchot, Bd. 32 S. 699 f.

scheiden Streitigkeiten über dasselbe prinzipiell aus den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus und gehören nicht zur Kompetenz der Civilgerichte. Die Wahrung des Rechts liegt vielmehr in erster Reihe den Verwaltungsbehörden, speziell den Wege- und Wasserpolizeibehörden, ob. Sie haben darüber zu wachen, dass das allen gleichmässig zugesicherte Recht durch die eigennützige Willkür des Einzelnen den Uebrigen nicht genommen wird. Ausserdem ist ein indirekter aber wirksamer staatlicher Schutz dem gemeinen Gebrauch an öffentlichen Sachen durch zahlreiche Bestimmungen des Strafgesetzbuchs gewährt, welche die wichtigsten deliktischen Thatbestände bei Störungen des Gemeingebrauchs subsumieren. (St.G.B. §§ 304, 305, 321, 326, 366 2, 3, 5, 8, 9, 10, 367 8, 12.)[1])

Nun aber hat die gemeinrechtliche Praxis gegen die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs seitens Dritter die bald prohibitorischen, bald restitutorischen und bald auf Schadensersatz gehenden römischen Interdikte fortdauernd angewendet und ihnen teilweise sogar analoge Ausdehnung auf Arten des Gemeingebrauchs gegeben, wie sie den Römern unbekannt waren,[2]) — jedoch stets nur dann, wenn der Verletzte zur Wahrung eigener Interessen klagt. Dabei ist aber anerkannt, dass das Recht publizistische Natur hat.[3]) Demnach erklärt sich die Anwendung der Interdikte nur als ein Notbehelf, der dazu dient, die „nicht stets bereite und überall ausreichende“ Amtsthätigkeit der zuständigen Behörden zu ergänzen. Als den wesentlichen Charakter des Rechts modifizierend kann der Interdiktenschutz daher nicht angesehen werden.[4]) Waren doch die Interdikte des Prätors in Rom ursprünglich selbst nur Polizeibefehle. „Das Element des Verwaltungsrechts liegt schon in den Interdikten enthalten“.[5]) Es ist hier also durch den Gerichtsgebrauch einmal, ebenso wie es in der Gesetzgebung im einzelnen Fall geschehen ist, die Anomalie geschaffen, dass einem von der Praxis überwiegend als öffentlich anerkanntem Recht der Schutz der Privatrechte gewährt wird.

Die von einigen zum Schutze des Gemeingebrauchs gegen

---

[1]) Ubbelohde, a. a. O. Tl. IV S. 173.

[2]) R.G. Bd. XV Nr. 38 S. 183 (v. 19. III. 1886), Bd. XVI Nr. 31 S. 145 (v. 9. VII. 1886), Seuff. Arch. N.F. Bd. VI Nr. 199. Bruns, Ztschr. für Rechtsgeschichte Bd. III S. 410.

[3]) R.G. Bd. VI Nr. 42 S. 159 (v. 13. I. 1882).

[4]) Seuff. Arch. N.F. Bd. VI Nr. 95; Beseler, Deutsches Privatrecht Bd. I S. 299, vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 194 Note 1.

[5]) Lorenz von Stein, Lehrbuch der Finanzwissenschaft II S. 160.

Störungen Dritter geforderte actio iniuriarum[1]) ist nach herrschender Meinung durch § 11 E.G. zur Strafprozessordnung beseitigt.[2]) Dass gegen Eingriffe des Staats oder der Gemeinden in das Gemeingebrauchsrecht denjenigen, die sich hierdurch in ihren berechtigten Interessen verletzt glauben, kein anderer Weg geöffnet ist, als die Beschwerde resp. Klage bei den Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden, ergiebt sich aus dem öffentlichrechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs von selbst.[3])

Da im preussischen Recht der Schutz des Gemeingebrauchs durch die Interdikte nicht anerkannt ist,[4]) so zeigt sich hier das Wesen des Gemeingebrauchsrechtes in noch reinerer Gestalt. Ohne Einschränkung ist der Schutz desselben den durch das Zuständigkeitsgesetz (vom 1. August 1883) § 55 und § 65 berufenen Behörden, der Wege- und Wasserpolizei, überlassen. Sie sind allein berufen, den öffentlichen Verkehrsbedürfnissen Genüge zu thun, Streitigkeiten bei der Benutzung[5]) der öffentlichen Sachen, soweit das öffentliche Interesse es erheischt, zu regeln. Gegenüber den Massnahmen der Behörden ist der Einzelne auf die Beschwerde oder den Einspruch und die Klage im Verwaltungsstreitverfahren verwiesen.[6])

Von dieser Frage ist jener andere Fall gänzlich zu trennen, in welchem eine den Gemeingebrauch überschreitende Benutzung der öffentlichen Sachen sich als ein Eingriff in das Privatrecht des Eigentümers darstellt. Hier steht es dem Eigentümer als solchem zu, denselben im ordentlichen Rechtswege mit der Negatorienklage abzuwehren.[7])

Wird das Recht auf Gemeingebrauch eines Weges oder Flusses von einem, der dieselben als ihm gehörig in Anspruch nimmt, streitig gemacht, so entscheiden darüber, ob der Weg oder Fluss ein öffentlicher ist, die Verwaltungsgerichte resp. Verwaltungsbehörden.[8])

---

[1]) So Dernburg, Pandekten Bd. I S. 164; Ihering in seinem Jahrb. Bd. 23 Nr. 6 S. 192.

[2]) Davidson, Der Rechtsschutz des Gemeingebrauchs, S. 131 Anm. 2; Ubbelohde, a. a. O. Tl. IV S. 197.

[3]) Endemann, a. a. O. S. 22.

[4]) Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. I S. 630.

[5]) Seuff. Arch. N.F. Bd X Nr. 51; R.G. Bd. I Nr. 131 (vom 23. II. 1880).

[6]) Zuständigkeitsges. § 57; am schärfsten bringt dies zum Ausdruck R.G. bei Gruchot Bd. 33 S. 420; ferner Urteil des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte vom 14. XII. 1889. (Just. Min. Bl. 1890 S. 95 f.).

[7]) R.G. bei Gruchot Bd. 33 S. 423.

[8]) Zuständigkeitsges. § 56 Abs. 4; Strombauverwaltungsges. § 1: Ueber die Schiffbarkeit (öffentl. Flüsse) entscheidet im Zweifelsfalle der Oberpräsident.

Da jedoch nicht dem Einzelnen als solchem ein Recht auf Zulassung zur Benutzung der öffentlichen Sachen zukommt, so hat er weder gemeinrechtlich[1]) noch nach preussischem Recht die Befugnis, selbständig auf Anerkennung eines Weges als eines öffentlichen, auf dessen Herstellung für den öffentlichen Verkehr, bei den Verwaltungsgerichten Klage zu erheben; der Schutz der öffentlichen Wege ist Sache der Polizeibehörden, nicht des „unbestimmten Kreises derjenigen, welche auf die Benutzung angewiesen sind.“ Diese Pflichten der Behörden[2]) machen sie auch ersatzpflichtig für den Schaden, der jemanden bei der Ausübung seines Rechtes trifft, sofern der Schaden sich auf deren pflichtwidrige Handlungen oder Unterlassungen zurückführen lässt.[3])

Durch alle Rechtsverhältnisse des Gemeingebrauchs zieht sich so die öffentliche Gewalt; sie drückt ihnen den Stempel öffentlicher Rechtsverhältnisse auf.

Die Einzelbestimmungen bezüglich der öffentlichen Flüsse und Wege erklären sich, soweit sie erörtert sind, somit vollkommen aus der Natur des Gemeingebrauchs als eines Institutes des öffentlichen Rechts. Damit ergiebt sich nun aber, dass die Litteratur und Praxis des gemeinen Rechts eine ausreichende Antwort auf die Frage nach der Natur des Gemeingebrauchs noch nicht geben kann; dass zwar in ihr die Grundzüge des Instituts sich erkennen lassen, die gegenwärtige positive Ausgestaltung desselben jedoch nur in den partikularrechtlichen Normen des öffentlichen Rechts enthalten ist. Und daher muss sich an die vorangegangenen Erörterungen zu ihrer Ergänzung die Untersuchung anknüpfen, ob nicht in den ausserpreussischen Staaten die bis hierher festgestellten auf das Recht des Gemeingebrauchs an öffentlichen Flüssen und Wegen bezüglichen Grundsätze durch die neuere Gesetzgebung und Judikatur auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts eine wesentliche Modifikation erfahren haben. —

---

[1]) Seuff. Arch. Bd. XVII Nr. 4.

[2]) Entsch. des Ob.-Verwaltungs-Ger. Bd. III Nr. 37 S. 186 f. Striethorsts Arch. Bd. XXIX S. 285, gestützt auf § 135 II der Kreisordnung v. 13. XII. 1872, ersetzt durch Art. IV der Kreis.-O.-Novelle v. 19. III. 1881, ersetzt durch § 55 des Zuständigkeitsgesetzes.

[3]) A.L.R. § 12, II 15. — Seuff. Archiv Bd. XXV Nr. 128.

§. 13.

Bayern.

I. „Die öffentlichen Flüsse sind ein zur allgemeinen Benutzung bestimmtes Staatsgut“.[1]) Die Staatsregierung regelt und leitet ihre Benutzung und erlässt zu diesem Zweck Schiffahrts- und Flossordnungen. Ebenso sind die öffentlichen Wege Verwaltungseinrichtungen des Staats und der Gemeinden. Sie werden durch einen Akt der Verwaltung dem öffentlichen Verkehr überwiesen. Der Gebrauch derselben steht jedermann unter Beobachtung der hierfür geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften frei.[2]) Die den öffentlichen Zwecken dienenden Wege unterscheidet die bayrische Gesetzgebung streng von den im Staatseigentum stehenden Privatwegen ohne öffentliche Bedeutung.[3]) Wie aber nicht jeder im Staatseigentum stehende Weg um dessen willen schon ein öffentlicher Weg ist, so steht umgekehrt der Umstand, dass ein Weg auf einem Privatgrundstück verläuft, seiner Eigenschaft als öffentlicher Weg nicht entgegen. Es giebt auch öffentliche Wege auf privatem Grund und Boden.[4]) Auch in diesem Falle besteht stets eine öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen dem Weg und der Gemeinde, in deren Bezirk sich der Weg befindet. Letztere räumt die Wegfläche der allgemeinen Benutzung auf Grund einer zu ihren Gunsten bestehenden dinglichen Berechtigung ein, oder die Oeffentlichkeit beruht auf einem rechtsverbindlichen Anerkenntnis des Grundeigentümers. Träger dieses auf dem privaten Grundstück lastenden Rechts ist dabei stets die Gemeinde als Korporation; sie ist als das alleinberechtigte Subjekt aufzufassen.[5]) Die Einzelnen als die Glieder der Gesamtheit sind nur die Nutzniesser dieses Rechts.[6])

Staat und Gemeinden bieten so in Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben die öffentlichen Flüsse und Wege der Allgemeinheit zur Benutzung dar. Die Einzelnen nehmen als

---

[1]) Bayrisches Gesetz über die Benutzung des Wassers vom 28 V. 1852 Art. 1. Krais, Handbuch der inneren Verwaltung im diesrheinischen Bayern (1881) Bd. II S. 186. Seydel, Bayrisches Staatsrecht Bd. V S. 406 ff.

[2]) Seydel, a. a. O. S. 486 ff.

[3]) Sammlung von Entscheidungen des Kgl. bayrischen Verwaltungsgerichtshofs Bd. XV Nr. 1 S. 3.

[4]) Blätter für administrative Praxis und Polizeirechtspflege. zunächst für Bayern, Ministerial-Entsch. Bd. XXIII S. 244 u. 247. Vielfache Entscheidungen der Verwaltungsbehörden ib. Bd. XXIV.

[5]) Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. XIII Nr. 82 S. 444 ff. Blätter f. administr. Praxis Bd. XX S. 394.

[6]) Hutter, Rechtsgrundsätze der Entsch. des bayrischen Verwaltungsgerichtshofes 1884 Bd. I S. 174.

Staatsbürger Anteil an den Vorteilen der Staatseinrichtungen und ebenso als Gemeindebürger an den Vorteilen der Gemeindeeinrichtungen. Der rechtliche Anspruch hierauf ist untrennbar mit der öffentlichen Eigenschaft eines Flusses oder Weges gegeben.[1])

Staat und Gemeinden räumen ihren Gliedern die Befugnis des Gemeingebrauchs ein, ohne dass damit jedoch die Ausübung eines Privatrechts gegeben ist. Es ist vielmehr ein verwaltungsrechtlicher Anspruch, dem nicht ein privatrechtliches Verhältnis des Einzelnen zu Staat oder Gemeinden zu grunde liegt, sondern welcher aus dem Verhältnisse des staats- und gemeindebürgerlichen Verbandes abgeleitet wird, — eines Verbandes, der ausser dem Bereiche des Privatrechts liegt.[2]) Der allgemeine Gebrauch an den öffentlichen Flüssen und Wegen regelt sich daher nach den öffentlich-rechtlichen, polizeilich geschaffenen Bestimmungen. Dabei ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass neben dieser einem Jeden zustehenden öffentlich-rechtlichen Verfügungshandlung dem Einzelnen eine privatrechtliche Sondernutzung kraft privaten Vertrages gewährt wird.[3]) Dieses ist dann ein ausserhalb des Gemeingebrauchs stehendes Rechtsverhältnis, eine von ihm wesentlich abweichende Servitut mit privatrechtlichen Wirkungen, während der Gemeingebrauch jeden privatrechtlichen Charakters[4]) ermangelt und aus der Zugehörigkeit zu einer öffentlichen Gemeinschaft erwächst.[5])

II. Die öffentlichen Flüsse und Wege entstehen, soweit die ersteren nicht von Natur, weil schiffbar und mit gebundenen Flössen flössbar (Art. 2 des Wasserbenutzungs-Gesetzes vom 28. Mai 1852), gegeben sind, durch Akte der öffentlichen Ver-

---

[1]) Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. XI S. 328.

[2]) Blätter für administr. Praxis Bd. XX Art.: Oeffentliche Wege v. Luthardt S. 337 u. 339; Bd. XXIV S. 43 f.

[3]) Seydel, a. a. O. S. 409 u. 491; desgl. Blätter f. adm. Pr. Bd. XX S. 390 f.

[4]) Bl. f. adm. Pr. Bd. XXX S. 340; ferner Urteil des obersten Landesgerichts v. 25. XI. 1880 in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern N.F. Bd. XXVI S. 121 ff. und Sammlung der Entsch. des obersten Landesgerichts Bd. VII S. 842 ff.

[5]) Dem steht auch nicht die in den Blättern f. adm. Praxis Bd. XXII S. 359 f. und Bd. XXIV S. 369 abgedruckte Entscheidung entgegen, nach welcher die gemeindepolizeiliche Vorschrift, welche die Benutzung eines öffentlichen Weges auf die Gemeindeangehörigen beschränkt und „Fremde“ hiervon ausschliesst, ungültig ist, weil eine solche Ausschliessung nur allgemein, nicht aber unter Bevorzugung der Gemeindeangehörigen erfolgen dürfe. Diese Bevorzugung ist jedoch nicht aus dem Grunde unstatthaft, weil das Gemeingebrauchsrecht überhaupt in keiner Beziehung zu der Gemeindezugehörigkeit steht, sondern weil die gesetzlich gewährleistete gleiche Rechtsstellung der Fremden (vgl. S. 22 ff.) damit unverträglich ist.

waltungsbehörden in Staat und Gemeinden oder sonstigen öffentlichen Körperschaften.

Die Staatsregierung kann jeden Fluss in einen öffentlichen umwandeln.[1]) Die Umwandlung setzt einen dahin gehenden Ausspruch der Staatsregierung, speziell des Ministeriums des Innern, voraus.[2])

Die Verwaltungsbehörden des Staats, des Kreises, Distrikts, der Gemeinde bestimmen, welche Wege und in welcher Ausdehnung sie dem öffentlichen Gebrauch zu dienen haben, sie entscheiden über die Notwendigkeit der Herstellung öffentlicher Wege und legen sie nach freiem Ermessen an.[3]) Diesem Ermessen[4]) liegt gesetzlich lediglich die Feststellung zu Grunde, ob zum Zweck der örtlichen Verbindung innerhalb eines Kreises, einer Gemeinde, Ortschaft oder zwischen diesen untereinander vom Standpunkt der öffentlichen Verkehrsverhältnisse und Bedürfnisse die Anlage und Unterhaltung eines öffentlichen Weges notwendig erscheint. Es steht daher ein verwaltungsrechtlicher Anspruch darauf, dass eine Gemeindeverbindungsstrasse neu erbaut oder ein bereits bestehender Privatweg zu einem Gemeindeverbindungsweg erhoben, oder dass eine hierauf bezügliche Verpflichtung gegen eine Gemeinde verwaltungsrichterlich ausgesprochen werde, weder einer benachbarten Gemeinde noch einem Einzelnen zu. Voraussetzung für die Schaffung eines öffentlichen Weges ist,[5]) dass Staat, Gemeinde oder eine sonstige öffentliche Körperschaft das Eigentum oder eine öffentlich-rechtliche Wegservitut an dem hierzu bestimmten Grund und Boden innehaben. Liegt keines dieser Verhältnisse vor, so ist der Akt, durch welchen eine Verwaltungsbehörde einen Weg als öffentlichen erklärt, nichtig; denn es mangelt ihm an der für seine Gültigkeit erforderlichen Grundlage.

In der bayrischen Praxis ist ebenso wie in der preussischen daran festgehalten worden, dass die Thatsache der fortgesetzten Benutzung eines Privatweges durch das Publikum an und für sich noch nicht einen Weg zu einem öffentlichen macht und das

---

[1]) Krais, a. a. O. S. 186.

[2]) Seydel, a. a. O. S. 413.

[3]) Seydel, a. a. O. S. 492; Hutter, a. a. O. S. 174; Krais, a. a. O. Bd. III S. 92; Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. XII Nr. 20 S. 88.

[4]) Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. XII Nr. 79 S. 348 ff. und Nr. 30 S. 141; Hutter, a. a. O. S. 174 (III S. 38, IV S. 438).

[5]) Hutter, a. a. O. S. 174 (IV S. 565); Seydel, a. a. O. S. 488; Krais, a. a. O. Bd. III S. 92.

Recht auf Gemeingebrauch begründet.[1]) Es ist dies nur die Konsequenz davon, dass dieses Recht kein Privatrecht ist. Nur privatrechtliche Ansprüche erwachsen aus der unvordenklichen Verjährung. Da aber die allgemeine Benutzungshandlung nur als ein öffentlich-rechtliches Verhältnis erklärt werden kann, so würde dem vermeintlichen Rechtserwerb des Gemeingebrauchs durch unvordenkliche Verjährung die wesentliche Voraussetzung fehlen, dass der unvordenkliche Zustand als ein Rechtszustand bestanden hat. — Die allgemeine Benutzung eines Weges ist zwar ein Erkennungsmerkmal des öffentlichen Weges; jedoch ist seine Oeffentlichkeit rechtlich erst mit dem Augenblick gegeben, wo die verwaltende Behörde ausdrücklich den Weg zum öffentlichen erklärt, oder die Anerkennung desselben stillschweigend aus Thatsachen zu folgern ist.[2])

Entsprechend der Stellung des Gemeingebrauchs als eines Instituts des öffentlichen Rechts hat auch die bayrische Gesetzgebung für die Zwecke des Gemeingebrauchs den mit der Verwaltung der öffentlichen Flüsse und Wege betrauten Behörden den Eingriff in die Privatrechtssphäre, die Enteignung, eingeräumt. Bezüglich der Umwandlung eines nicht öffentlichen in einen öffentlichen Fluss, seiner Schiffbarmachung, bestimmt Art. 1 des Zwangsenteignungsgesetzes vom 17. November 1837, dass die Entziehung des Eigentums am Flussbett mit der Umwandlung von selbst eintritt, ohne dass es eines Enteignungsverfahrens und einer Entschädigung hierfür bedarf. Verlangt jedoch die Durchführung dieser Umwandlung die Abtretung anderen Grund und Bodens oder dessen Beschwerung mit einer Dienstbarkeit, so greifen die allgemeinen[3]) gesetzlichen Bestimmungen über Enteignung Platz. (Art. 5 des Ges.)

Ebenso giebt das Gesetz vom 17. November 1837 (Art. 1) das Recht der Enteignung für die Anlegung neuer und Erweiterung oder Ebnung schon bestehender öffentlicher Wege und, sofern der Eigentümer nicht vorzieht, auf Abtretung zu bestehen, das Recht, das Eigentum für diese Zwecke mit einer öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit zu beschweren.[4])

Die Herstellung öffentlicher Flüsse und Wege für den Gemeingebrauch ist Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe, nicht aber

---

[1]) Blätter f. adm. Pr. Bd. XX S. 338 ff.; Entsch. des obersten Landesgerichts Bd. IX Nr. 26 S. 81 und Entsch. desselben Gerichts in „Blätter für Rechtsanwendung“ a. a. O.

[2]) Seydel, a. a. O. S. 491. Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. VIII S. 223, XI S. 329, XIII S. 446.

[3]) Seydel, a. a. O. S 413 f.

[4]) Seydel, a. a. O. S. 499.

Befriedigung eines Rechtsanspruchs der einzelnen Staats- und Gemeindeangehörigen. Ein rechtlicher Anspruch auf Herstellung und Bestand derselben ist für den Einzelnen nicht vorhanden. Mit den Einrichtungen, wie sie ihm geboten werden, muss er sich begnügen, auch wenn sie seinen Interessen nicht ausreichend Rechnung tragen.[1]) Unmittelbar jedoch mit ihrer Existenz ist der Gemeingebrauch an ihnen für jeden aus dem Mitgliedskreise, für den sie zunächst geschaffen sind, gegeben; dies ist eines der wesentlichsten Merkmale des Rechtes auf Gemeingebrauch und unterscheidet es von der durch Konzession gewährleisteten Benutzung einer öffentlichen Sache. Die Erteilung der letzteren, deren es stets bedarf, um die Wasserbenutzung eines öffentlichen Flusses für ein gewerbliches oder industrielles Unternehmen zu ermöglichen, ist in jedem einzelnen Falle in das Ermessen der Behörden gestellt. (Art. 10 des Wasserbenutzungsgesetzes vom 28. Mai 1852.)[2])

III. Die Entstehung des Gemeingebrauchsrechtes bestimmt sich nach den Anordnungen der Verwaltungsbehörden; ebenso auch die Ausübung desselben. Der Staatsregierung liegt die Regelung und Leitung und die Feststellung etwaiger besonderer Beschränkungen in der Benutzung der öffentlichen Flüsse ob. Diesem Zwecke dienen die Schiffahrts- und Flossordnungen sowie andere zum Schutz der öffentlichen Flüsse und ihrer Ufer erforderliche polizeiliche Anordnungen.[3]) Das freie Ermessen der Staatsregierung bezw. der mit ihrer Vertretung organisationsgemäss betrauten Verwaltungsbehörden entscheidet unter Berücksichtigung der vorhandenen Anlage und der allgemeinen Ordnung des Flusses darüber, welche den Gemeingebrauch regelnden Anordnungen zu erlassen sind.[4])

Ebenso wie die Staatsbehörden über die Bestimmung der Wege entscheiden, ob sie dem öffentlichen Gebrauch unterliegen oder nicht, so verfügen sie auch über die Art ihrer Benutzung und den Umfang der Benutzungsbefugnis.[5]) Die Behörden bieten sie zur allgemeinen Benutzung dar, und so kann sie der Einzelne nutzen. Er hat kein Recht auf eine bestimmte Beschaffenheit der Strasse; sein einziges Recht ist das in dem Begriff der Oeffentlichkeit liegende Recht, von der Benutzung des öffentlichen Weges,

---

[1]) Seydel, a. a. O. S. 487.

[2]) Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes Bd. XI S. 294, XV S. 281 ff.

[3]) Seydel, a. a. O. S. 420.

[4]) Seydel, a. a. O. S. 415; Art. 11 des Wasserbenutzungsges.; Entsch. d. Verwaltungsgerichtshofes Bd. VIII S. 217, XI S. 190 f.

[5]) Blätter f. adm. Praxis Bd. XX S. 338.

solange dieser dem Zweck einer öffentlichen Verkehrseinrichtung dient, nicht ausgeschlossen zu werden. Positiv hat das Recht den Inhalt, dass jeder Berechtigte in der Ausübung desselben nur den allgemeinen und für alle gültigen Bestimmungen polizeilicher Art unterliegt.[1])

Zu der Verpflichtung der verwaltenden Behörden, für die Unterhaltung der bestehenden öffentlichen Flüsse und Wege Sorge zu tragen, gehört auch die Verpflichtung, die für die Ausübung des Gemeingebrauchs erforderlichen Sicherheitsvorrichtungen zu treffen. Die öffentliche Strasse, welche den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen zu dienen bestimmt ist, muss in einer Beschaffenheit hergestellt und erhalten werden, in der sie thatsächlich diesen Anforderungen zu genügen vermag. Sie muss daher unter gewöhnlichen Verhältnissen mindestens ohne persönliche Gefahr benutzt werden können. Die Sicherheitsvorrichtungen sind unmittelbare „Zugehörungen" des Weges;[2]) daraus ergiebt sich, dass die Unterhaltung des Weges alle Leistungen und Aufwendungen umfasst, welche notwendig sind, um den Weg in einem seiner Bestimmung entsprechenden, gebrauchsfähigen Zustande zu erhalten. Die Ausbesserung von Schäden, welche am Wegkörper selbst durch Abnutzung, Elementarereignisse entstehen, sowie die Beseitigung sonstiger Hemmnisse des Verkehrs ist daher Aufgabe der Behörden, denen die Wegunterhaltung obliegt.[3])

IV. Die Verwaltungsbehörde, welche die öffentlichen Flüsse und Wege dem allgemeinen Gebrauch eröffnet, hat naturgemäss ebenso wie das Recht ihrer Umwandlung und Veränderung das Recht ihrer Beseitigung. Der öffentliche Fluss und der öffentliche Weg hören in dem Augenblick auf, dem Gemeingebrauch zu unterliegen, wo seitens der zuständigen Behörde der hierauf gerichtete Wille durch Wort oder Handlungen erklärt ist.[4])

Bei Vornahme dieses Verwaltungsaktes entscheidet freies Ermessen unter Berücksichtigung und gegenseitiger Abwägung aller von ihm betroffenen Interessen.[5]) So wenig es daher für jemand ein Recht auf Herstellung einer öffentlichen Wasser- oder Landstrasse giebt, so wenig giebt es auch ein Recht auf ihren Fortbestand.[6]) Wo einmal der Gemeingebrauch begründet ist, ist

---

[1]) Seydel, a. a. O. S. 487 f.
[2]) Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. XVII S. 313.
[3]) Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. XI S. 520.
[4]) Blätter f. adm. Praxis Bd. XXIV S. 374.
[5]) H. Wand, Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Wege in der Pfalz. (1887) S. 202
[6]) Blätter f. adm. Praxis Bd. XX S. 339.

noch keineswegs damit die Verpflichtung für die denselben begründende öffentliche Korporation erwachsen, ihn alle Zeit hindurch unverändert bestehen zu lassen. Es folgt dies aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Gemeingebrauchs.[1])

In Konsequenz hiervon hat auch die bayrische Gerichtspraxis dem durch die Veränderung oder Beseitigung einer öffentlichen Strasse geschädigten Hauseigentümer das Recht, Schadensersatz zu verlangen, nicht zugebilligt. Die verwaltende Behörde nimmt kraft ihrer Befugnisse Veränderungen an der öffentlichen Strasse vor, begeht daher keinerlei Rechtsverletzung, solange sie im Rahmen ihrer Befugnisse handelt; ihre Handlungen begründen demgemäss auch keinen Rechtsanspruch auf Entschädigung.[2])

V. In seiner rechtlichen Begründung, seiner Entstehung, Ausübung und Endigung zeigte sich der Gemeingebrauch als ein wesentlich öffentlich-rechtliches Institut der bayrischen Rechtsverfassung. In folgerichtiger Durchführung muss auch die Art des Schutzes des Gemeingebrauchs die gleiche rechtliche Natur desselben zur Erscheinung bringen. Thatsächlich ist denn auch die äussere Ordnung des Gemeingebrauchs Organen der öffentlichen Verwaltung überlassen.

Die Innehaltung der für die öffentlichen Flüsse bestehenden Schiffahrts- und Flossordnungen zu überwachen, ist die Aufgabe der Flusspolizei.[3]) Ebenso ist bezüglich der öffentlichen Wege die Handhabung des Wegepolizeirechts der Strassen- und Wegepolizei anvertraut. Letztere hat einerseits die öffentlichen Wege selbst vor Beschädigungen zu sichern, andererseits für die Sicherheit und Bequemlichkeit des Verkehrs Sorge zu tragen. Die polizeiliche Zwangsgewalt übt ihre Befugnis zum Schutz der öffentlichen Verkehrsinteressen durch Gebot und Verbot aus.[4])

Durch Art. 8 Ziff. 14 resp. Ziff. 34 des Gesetzes betr. die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes (vom 8. August 1878) sind alle bestrittenen Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten bezüglich der Benutzung des Wassers sowie der öffentlichen Eigenschaft eines Weges nebst Zugehörungen und der Herstellung und Unterhaltung der nicht in die Klasse der Staatsstrassen gehörigen öffentlichen Wege für Verwaltungsrechtssachen erklärt. Diese Gesetzesbestimmungen, welche den Kreis der vor die Verwaltungs-

---

[1]) Krais, a. a. O. III S. 92; Entsch. d. Verwaltungsgerichtshofes Bd. XVII S. 90.

[2]) Seydel, a. a. O. S. 487; Blätter f. adm. Praxis Bd. XXII S. 174 f.

[3]) Wasserbenutzungsgesetz Art. 1 Abs. 2; Art. 92 u. 100; Krais, a. a. O. Bd. II S. 188; Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. XV S. 4.

[4]) Bayrisches Polizeistrafgesetzbuch v. 1861; Min.-Bekanntmachung vom 4. I. 1872 (Reg.-Bl. S. 73); Seydel, a. a. O. S. 500.

gerichte gehörigen Streitigkeiten noch nicht in unzweideutiger Weise abgrenzen, sind durch die Praxis des Verwaltungsgerichtshofes dahin interpretiert, dass Streitigkeiten über die Eigenschaft, Herstellung, Unterhaltung, Benutzung und Beseitigung öffentlicher Wege und ihrer Zugehörungen (Brücken etc.) allgemein Verwaltungsrechtssachen sind, dass jedoch Streitigkeiten über Ansprüche privatrechtlicher Natur, welche sich an Angelegenheiten dieser Art anknüpfen, vor die Civilgerichte gehören.[1]) Daraus ergiebt sich unzweifelhaft, dass die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte stets gegeben ist, wo Streit darüber besteht, ob die Grundfläche eines öffentlichen Weges Eigentum des Staates, einer Gemeinde oder einer Privatperson sei, ob jemand eine besondere Privatgerechtsame an einem öffentlichen Weg besitze, ob durch einen Wegbau ein angrenzendes Privateigentum rechtswidrig benachteiligt sei u. a. m.[2])

Weit mehr als dies, weil zweifelhafter, ist in der Literatur und Praxis die Zuständigkeitsfrage erörtert worden im Falle des Streites über das Vorhandensein einer das Privatgrundstück belastenden Wegdienstbarkeit, kraft deren ersteres als öffentlicher Weg beansprucht wird. Abweichend vom preussischen Recht hat hier die bayrische Praxis nach vielfachem Schwanken sich für den Civilrechtsweg entschieden. Der Grundstücksbesitzer kann dabei die Negatorienklage nicht gegen den Einzelnen, der ja kein Privatrecht auf die Benutzung des Weges, sondern ein ihm als Glied der politischen Gesamtheit zustehendes Recht geltend macht, erheben; vielmehr richtet sich seine Klage gegen diese Gesamtheit, d. h. deren Organ, Staat oder Gemeinde.[3]) Prinzipiell bleibt jedoch die verwaltungsgerichtliche Kompetenz bezüglich der weitaus meisten mit dem Gemeingebrauch zusammenhängenden Streitfälle gegeben. Entsteht Streit über die Art und das Mass des Gebrauchs eines öffentlichen Weges in persönlicher oder sachlicher Hinsicht, so ist dies ein Verwaltungsrechtsstreit; wird die Eigenschaft eines öffentlichen Weges bestritten, so entscheiden darüber — ausser in dem oben erwähnten Falle des Streites über eine Wegdienstbarkeit am Privatgrundstück — die Gerichtsorgane für das öffentliche Recht. Die Entscheidung dieser Frage hängt von der Feststellung ab, ob dem betreffenden Wege nach den

---

[1]) Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. XV S. 8; Sarwey, a. a. O. S. 504; Seydel, a. a. O. S. 438.

[2]) Blätter für adm. Praxis Bd. XX S. 352; Seydel, a. a. O. S. 489.

[3]) Blätter für adm. Praxis Bd. XXIII S. 128, XXIV S. 43 ff. und S. 128. Entsch. des Verwaltungsgerichtshofes Bd. III S. 521; Bd. V S. 236; Seydel, a. a. O. S. 488; Krais, a. a. O. Bd. III S. 92; contra Seuff. Archiv Bd. XVII Nr. 285.

thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen die behauptete bezw. bestrittene Eigenschaft zukommt.[1])

Wird das Gemeingebrauchsrecht bestritten, so ist im allgemeinen der Einzelne, dem der Gemeingebrauch mitstreitig gemacht wird, nicht berufen, den Rechtsweg zum Schutze desselben zu beschreiten. Bis zu diesem höchsten Grade ist das Recht auf Gemeingebrauch nicht individualisiert; vielmehr sind die Gemeinden und öffentlichen Korporationen überhaupt, deren Angehörige auf die Benutzung eines Weges für ihre Verkehrsbedürfnisse angewiesen sind, berechtigt und verpflichtet, den Anspruch auf den Gebrauch des Weges gegen Eingriffe Dritter im verwaltungsrechtlichen Verfahren geltend zu machen, falls er ihren Angehörigen streitig gemacht wird.[2])

Bei Streitigkeiten über das Vorhandensein öffentlicher Rechte und Pflichten zwischen Verwaltungsbehörden und den Gebrauchsberechtigten ist zur Ausgleichung derselben eine gerichtliche Instanz nicht gegeben; nur der Weg der Beschwerde, über welche die Verwaltungsbehörde entscheidet. Aber in denjenigen Fällen, wo das Rechtsverhältnis des Einzelnen bezüglich der öffentlichen Wege und Flüsse besonders gestaltet ist, wird entsprechend dieser besonderen Rechtsstellung ein Anspruch auf selbständige verwaltungsrechtliche Verfolgung gewährleistet.[3])

Ueber die Frage, ob ein Fluss oder ein bestimmter Teil eines Flusses zu den öffentlichen Flüssen gehört, ist der Rechtsweg unstatthaft; es entscheidet die Verwaltungsbehörde.[4])

Dieser öffentlich-rechtliche Schutz des Gemeingebrauchs wird indessen durch die Geltung der gemeinrechtlichen Interdikte stark modifiziert. Die Verletzung des Gemeingebrauchsrechtes giebt dem Verletzten das Recht, zur Wahrung seiner eigenen Interessen auf Aufhebung der Störung seines Rechts sowie auf Schadensersatz gegen den Störer zu klagen. Jedoch wird der Interdiktenschutz nur aushilfsweise gewährt, sobald der allgemein gewährte öffentlich-rechtliche Schutz sich im einzelnen Falle nicht als geeignet und ausreichend erweist.[5])

---

[1]) Entsch. d. Verwaltungsgerichtshofes Bd. XI S. 325 u. S. 585; Blätter f. adm. Praxis Bd. XXIV S. 43 f.

[2]) Entsch. d. Verwaltungsgerichtshofes Bd. XI S. 328; XII S. 88; Blätter f. adm. Praxis Bd. XX S. 394 f.

[3]) Entsch. d. Verwaltungsgerichtshofes Bd. II S. 211; XII S. 141 und S. 91.

[4]) Krais, a. a. O. Bd. II S. 187.

[5]) Entsch. d. Verwaltungsgerichtshofes Bd. IX S. 49; Blätter für Rechtsanwendung N.F. Bd. XXVI S. 121 ff. (Entscheidung des Obersten Landesgerichts für Bayern v. 25. XI. 1880).

§ 14.

Württemberg und Baden.

I.

1. „Nach anerkannten Grundsätzen ist die Benutzung öffentlicher Gewässer, deren letzter Grund stets auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Verleihung des Staates als Inhaber der Wasserhoheit zurückzuführen ist, als ein Ausfluss und Verhältnis des öffentlichen Rechts zu betrachten.“[1]) Das allgemeine, jedermann ohne besondere Verleihung zustehende Gebrauchsrecht an den öffentlichen Flüssen beruht auf dem Grunde des öffentlichen Rechts, steht in untrennbarem Zusammenhang mit dem staatlichen Wasserhoheitsrecht, — ein Begriff, den die württembergische Gesetzgebung und Rechtspraxis stets auf das Verhältnis des Staats zu den öffentlichen Gewässern angewendet hat — und ist eine aus der Gemeingehörigkeit des öffentlichen Flusses abzuleitende Befugnis.[2]) Das Verlangen nach Mitbenutzung des öffentlichen Flusses stützt sich daher im gegebenen Falle auf einen Titel des öffentlichen Rechts, und es entscheiden dem öffentlichen Rechte angehörende Normen darüber, wie die öffentlichen Flüsse zu benutzen sind, und wo bei Widerstreit der Interessen die Grenze[3]) für das gemeine Gebrauchsrecht der Einzelnen gesetzt ist. — Bezüglich der öffentlichen Wege ist der Gemeingebrauch gleichfalls als ein nicht dem Privatrecht, sondern dem öffentlichen Recht angehöriges Rechtsverhältnis anerkannt. Wer die dem allgemeinen Gebrauch dienenden öffentlichen Wege benutzt, leitet seine Befugnisse hierzu vom Staat oder derjenigen öffentlichen Körperschaft her, welche die Trägerin des Gemeingebrauchs, als eines Ganzen gedacht, ist.[4]) Zur klarsten Darstellung ist die Annahme dieses öffentlich-rechtlichen Titels des Gemeingebrauchs bei der in der württembergischen Rechtslitteratur und Praxis viel erörterten Frage nach der rechtlichen Natur der Dienstbarkeit, kraft deren privater Grund und Boden zum öffentlichen Wege wird, gelangt. Es ist die Meinung siegreich geblieben, dass das Recht eines öffentlichen Weges über ein Privatgrundstück nicht eine Belastung mit einer privatrechtlichen Servitut ist, überhaupt

---

[1]) Hohl, das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg vom 16. XII. 1876 mit den Motiven. 1877 S. 140. Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung Bd. XIV S. 266.

[2]) Württembergisches Archiv Bd. XV S. 71, Bd. XXIII S. 209.

[3]) Württembergisches Gerichtsblatt Bd. VI v. Pfizer: Zur Frage von der Gerichtszuständigkeit bei Streitigkeiten über Wasserrechte S. 179 ff. Seuff. Arch. XXIV S. 134 ff.

[4]) Württembergisches Gerichtsblatt, a. a. O. S. 44 und S. 54.

nicht eine Beschränkung des Privateigentums aus Gründen des Privatrechts sondern aus denen des öffentlichen Rechts bildet.

Das berechtigte Subjekt ist der Staat, die Gemeinde oder eine Korporation; der Einzelne leitet sein Benutzungsrecht nur von der Gesamtheit ab.[1])

2. Noch weit klarer und entschiedener als das württembergische weist das hochentwickelte badische Verwaltungsrecht die öffentlich-rechtliche Natur des Titels, auf welchem der Gemeingebrauch beruht, auf. Dazu gelangt dasselbe um so leichter an der Hand eines scharf umgrenzten, in der Praxis stets festgehaltenen Begriffs der öffentlichen Rechte, deren Wesen dadurch charakterisiert wird, dass sie aus dem organischen Verhältnis der Persönlichkeit, die das Recht geltend macht, zu dem Staatsganzen oder einer dem Staat rechtlich eingeordneten, körperschaftlich organisierten Gemeinschaft hervorgehen.[2])

Nach Art. 6 des badischen Wassergesetzes (vom 25. August 1876) ist der Gebrauch des Wassers jedermann gestattet, soweit dieses ohne besondere Anlage geschehen kann. Der Gemeingebrauch an allen öffentlichen Gewässern beruht lediglich auf dem öffentlichen Recht; den Titel zum Rechte auf Gemeingebrauch gewährt das Staatsbürgerrecht.[3]) Deshalb unterstehen die öffentlichen Gewässer hinsichtlich ihres allgemeinen Gebrauchs der Aufsicht und Leitung der Staatsbehörden. (Art. 1 des gen. Gesetzes.) Es ist die Aufgabe des Staates, von dem jedermann gesetzlich als Glied der Gesamtheit zustehenden Benutzungsrecht diejenigen Benutzungsarten der öffentlichen Gewässer auszuscheiden, welche ihrer Natur nach exklusiv und dadurch geeignet sind, bei schrankenloser Ausübung geradezu die Aufhebung des Gemeingebrauchs herbeizuführen. Dies wird hinsichtlich solcher Gebrauchsarten durch das System der Sonderrechte begründenden staatlichen Verleihung gehindert. (Art. 23—26 des Ges.)[4])

Ebenso wie die öffentlichen Flüsse sind die öffentlichen Wege in Rücksicht auf ihre Bestimmung Gemeingut aller für alle Arten der Benutzung, soweit nicht die Ordnung des Gemeingebrauchs Einschränkungen gebietet. Die öffentliche Strasse ist jedoch kein Rechtsobjekt im Verhältnis des Individuums zum

---

[1]) Württembergisches Archiv Bd. XV S. 249; Hohl, a. a. O. S. 52 (zu Ziff. 21) und S. 138; Seuff. Arch. Bd. XXVIII S. 422.

[2]) Fr. Wielandt, Die Rechtsprechung des Grossherzoglich badischen Verwaltungsgerichtshofes Th. I 1891, S. 25 u. 26 f.

[3]) Näf, Das Wasserrecht im Grossherzogtum Baden, 1883, S. 15.

[4]) Annalen der Grossh. badischen Gerichte Bd. 56 (Jahrg. 1890) S. 9 ff.; Bd. 59 (Jahrg. 1893) S. 182 f. (Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe v. 5. II. 1892).

Individuum, sondern das Recht an ihr ist ein Ausfluss aus dem Verhältnis des Einzelnen zum Staat oder zur Gemeinde.[1]) Die allgemeinen Interessen erschöpfen die Zweckbestimmung der öffentlichen Wege so, dass auch die Einräumung der Benutzung für Sonderzwecke Einzelner keine privatrechtlichen Ansprüche begründet.[2])

II.

1. Der Staat ist berechtigt, in Privateigentum befindliche Flüsse an sich zu ziehen und für öffentliche zu erklären, wenn dieselben durch ihre Beschaffenheit, ihre Schiffbarkeit und Flössbarkeit, für die Allgemeinheit ein erhöhtes Interesse gewinnen. Mit der Anerkennung der Flüsse als öffentliche ist dann zugleich der Gemeingebrauch an ihnen gestattet.[3])

Die Befriedigung des Bedürfnisses öffentlicher Verkehrswege ist ebenfalls den Verwaltungsbehörden vorbehalten. Letztere entscheiden, so besagt Art. 10 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg (vom 16. Dezember 1876) in Ziff. 21, über die Notwendigkeit eines Baues und die Art der Ausführung desselben in endgiltiger Weise, geleitet von den Rücksichten auf das öffentliche Interesse. Die Herstellung der durch öffentliches Bedürfnis geforderten Ortsstrassen liegt, soweit nicht Dritte vermöge besonderen Rechtstitels dazu verpflichtet sind, der Gemeinde ob.[4])

Aeltere Entscheidungen des früheren Geheimen Rats, der obersten württembergischen Verwaltungsbehörde, denken sich die Oeffentlichkeit der Wege, namentlich der über Privatbesitz führenden Wege, ausser dem Falle der behördlichen Anerkennung, entstanden infolge der unvordenklichen Verjährung, d. h. der ungestörten allgemeinen, bona fide ausgeübten Benutzung während eines Zeitraumes von dreissig Jahren.[5])

2. Diejenigen Verwaltungsbehörden, welche mit der Ausübung der Staatshoheitsrechte in Beziehung auf die Benutzung der öffentlichen Flüsse in Baden betraut sind, stellen fest, wann und ob ein Wasser als öffentliches dem Hoheitsrechte des Staates zu unterwerfen ist.[6]) — Nicht minder ist die Anlegung öffent-

---

[1]) **Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege Bd. XIX S. 38.**

[2]) **§ 30 Abs. 2 des badischen Ortsstrassengesetzes v. 14. Juni 1884.**

[3]) **Württembergisches Gerichtsblatt Bd. VI S. 44.**

[4]) **Hohl, a. a. O. S. 137; Württemberg. Archiv Bd. XXIII S. 357 f.; Art. 13 der württemb. Bauordnung v. 6. X. 1872.**

[5]) **Württembergisches Archiv Bd. V S. 424, 434, 436; Bd. XV S. 253 ff.**

[6]) **Fr. Wielandt, a. a. O. S. 33.**

licher Strassen eine dem öffentlichen Recht angehörende Obliegenheit des Staates oder der Gemeinden. „Die Verpflichtung zur Herstellung und Unterhaltung der Ortsstrassen und öffentlichen Plätze liegt der Gemeinde ob.“ [1]) „Die Gemeinden sind verpflichtet, innerhalb ihrer Gemarkung die Gemeindewege entsprechend den Verkehrsbedürfnissen anzulegen, zu verbessern und zu unterhalten.“ [2]) Diese Frage des Bedürfnisses ist daher lediglich Sache freien administrativen Ermessens. Zur Forderung dieser Leistung ist nur die Staatsverwaltungsbehörde berechtigt, nicht der Einzelne, in dessen privatem Interesse die Herstellung irgend welcher öffentlichen Wege liegt; ebensowenig können Gemeinden verlangen, dass die Anlegung einer Strasse mit Rücksicht auf ihre speziellen Verhältnisse in anderer Weise erfolge, als dies von den Staatsbehörden und den Faktoren der Gesetzgebung im allgemeinen Interesse als notwendig erachtet ist. Ihnen bleibt nur die Beschwerde bei der staatlichen Oberbehörde wegen der behaupteten Missverwaltung; verwaltungsrichterliche Klage ist ausgeschlossen.[3]) Die private Interessensphäre findet insoweit Berücksichtigung, als der Plan einer neu anzulegenden Strasse zur Einsicht der Beteiligten zum Zwecke etwaiger Einwendungen ausgelegt wird.[4]) Für Anlagen an Flüssen sowohl wie für die Herstellung öffentlicher Wege sind gesetzliche Handhaben geschaffen, durch welche Eingriffe in Privatrechte, Zwangsabtretung von Eigentums- und Dienstbarkeitsrechten, den Behörden gestattet sind, um jene Einrichtungen von so hervorragend öffentlicher Bedeutung zu schaffen.[5])

Die erwerbende Verjährung ist zwar ein zur Erlangung von Privatrechten geeigneter Titel, nicht aber ein Rechtstitel des öffentlichen Rechts; die Thatsache der langjährigen Benutzung eines Weges macht diesen daher nicht zu einem öffentlichen; sie kann vielmehr nur als Ersatz für die sonst allgemein erforderliche Erklärung eines Weges als eines öffentlichen gedeutet werden.[6])

III.

1. Da das Wasserbenutzungsrecht auf dem öffentlichen Recht beruht, so ist schon deshalb an sich die Ausübung des Rechts der Regelung durch die staatliche Verwaltung unterworfen. Die

---

[1]) Art. 1 des badischen Ortsstrassengesetzes vom 20. II. 1868 in der durch die Gesetze vom 3. III. 1880, 26. VI. 1890 und 6. VII. 1896 bewirkten Fassung.

[2]) § 7 des Strassengesetzes vom 14. VI. 1884.

[3]) § 37 des letztgenannten Gesetzes; Fr. Wielandt, a. a. O. S. 42, 55, 599, 608 und 610 (Entscheidungen des badischen Verwaltungsgerichtshofes).

[4]) Art. 13 Abs. 1 des Ortsstrassengesetzes.

[5]) Art. 12 des bad. Wassergesetzes; Art. 12 Ziff. 4 des Ortsstrassengesetzes.

[6]) Fr. Wielandt, a. a. O. S. 108.

Erhaltung eines geordneten Laufes der öffentlichen Flüsse, welcher den Einzelnen die Ausübung der ihnen zustehenden Gebrauchsrechte ermöglicht, liegt der Regierungsbehörde ob.[1]) In betreff der öffentlichen Flüsse und Strassen, welche in Händen des Staates sind, bestimmt die Königliche Verordnung vom 30. November 1848 für Württemberg (Art. 1): Die gesamte Leitung und Verwaltung des Staatsstrassen- und Wasserbauwesens geht unmittelbar an das Ministerium über. Bezüglich der Kommunalstrassen bestimmt die Wegordnung von 1808 in § 1: „Jede Kommune ist verbunden, die Wege auf ihrer Markung . . . . . stets in brauchbarem und fahrbarem Zustande" zu erhalten. Ferner bestimmt Art. 12 der Allgemeinen Bauordnung (vom 6. Oktober 1872), dass die Art der Benutzung von Ortsstrassen und öffentlichen Plätzen von dem Ermessen der Ortspolizeibehörde abhängt, welche durch allgemeine Bestimmungen oder im einzelnen Fall Verfügung zu treffen hat.

2. Uebereinstimmend mit dem württembergischen Recht besagt das badische Wassergesetz Art. 9: Die Benutzung des fliessenden Wassers hat stets in der Weise zu erfolgen, dass die am Gewässer bestehenden Nutzungsrechte nicht beeinträchtigt werden und dass es sämtlichen Nutzungsberechtigten möglich ist, für ihre Grundstücke und Anlagen den thunlichsten Vorteil aus dem Wasser zu ziehen. Der Gemeingebrauch wird in erster Reihe vom Grundsatz der Gleichheit des Masses der Benutzung beherrscht. Dieser Grundsatz wird von dem anderen, den höchstmöglichen Vorteil aus der Benutzung der öffentlichen Flüsse zu ziehen, durchkreuzt; denn sonst würden zahlreiche Vorteile ungenutzt bleiben, da nicht alle die gleichen Vorteile in gleichem Masse geniessen können.[2]) Noch genauer ist die Verpflichtung der Behörden zum Neubau, zur Hauptverbesserung und Unterhaltung eines öffentlichen Weges in § 25 des Strassengesetzes (vom 14. Juni 1884) dahin präzisiert, dass dieselbe sich auf sämtliche Vorrichtungen erstreckt, welche „zum Schutze und zur Erhaltung des Strassenkörpers, zur Sicherheit, Ordnung und Bequemlichkeit des nach der Art des Weges zu ermittelnden Verkehrs" erforderlich sind. Ueber die zur Erreichung dieser Zwecke notwendigen Massregeln befindet die Behörde, und die Einzelnen, welche durch solche Massnahmen eine Störung in ihrem Rechte auf Mitbenutzung erlitten zu haben glauben, können nicht im Ver-

[1]) Seuff. Arch. Bd. XXIV S. 134 ff.; Württembergisches Arch. Bd. XXIII S. 211.

[2]) Näf, a. a. O. S. 20 f.; Annalen der Grossh. badischen Gerichte Bd. 57 (Jahrg. 1891) S 321 ff.

waltungsrechtswege Klage auf Abstellung des Hindernisses erheben. Ihnen bleibt nur die Beschwerde an die hierfür zuständige Verwaltungsbehörde.[1])

IV.

1. Die Oeffentlichkeit eines Flusses hängt von seiner natürlichen Beschaffenheit ab; ändert sich die letztere derart, dass der bis dahin öffentliche Fluss nicht mehr den öffentlichen Gebrauchszwecken dienen kann, also die Eigenschaft der Schiffbarkeit oder Flössbarkeit verliert, so ist es Aufgabe der Staatsverwaltung dies festzustellen und förmlich auszusprechen. Anders bei den öffentlichen Wegen. Diese verdanken ihre Entstehung wesentlich der menschlichen Thätigkeit, und es gehört auch ein thätiges Eingreifen dazu, um die einmal vorhandenen Wege abzuschaffen. Hierzu sind nur die Verwaltungsbehörden befugt. Dies spricht Art. 10 Ziff. 21 des württembergischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege aus: „Den Verwaltungsbehörden bleibt die Befugnis vorbehalten, entbehrlich gewordene Wege abzuschaffen". Die Frage der Entbehrlichkeit eines öffentlichen Weges hat die Behörde unter Würdigung der öffentlichen Verkehrsbedürfnisse zu entscheiden.[2]) Durch dieses Verfügungsrecht der Behörden ist zugleich ein Recht der Einzelnen auf Fortbestand der einmal bestehenden Wege verneint.[3]) In konsequenter Rechtsausbildung müsste das württembergische Recht demnach auch zur Versagung einer Entschädigung in allen Fällen kommen, wo durch Wegeveränderung oder -Beseitigung den Anliegern Vorteile entzogen werden, die die frühere Beschaffenheit und Anlage der Wege gewährte. Durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung ist jedoch für den wichtigsten dieser Fälle, nämlich bezüglich der Gebäude an der öffentlichen Strasse, ein Rechtsanspruch gegen die Gemeinde auf Ersatz des Schadens anerkannt, sobald ein solcher infolge der Durchführung der Strassenvisiere dem vor Feststellung des Visiers an der Strasse errichteten Gebäude durch Beeinträchtigung in der seitherigen Benutzung oder die Notwendigkeit baulicher Anlagen entsteht.[4])

---

[1]) Charakteristische Fälle: Das Aufstellen von Messbuden auf Strassen, Anlegung eines Pfuhlkanals bei Fr. Wielandt, a. a. O. S. 42, 43, 607; Ztschr. für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege Bd. XVII (Jhrg. 1885) S. 152.

[2]) Hohl, a. a. O. S. 137; Archiv für Recht und Rechtsverwaltung Bd. XV S. 246 f., 248.

[3]) Archiv für Recht und Rechtsverwaltung Bd. V S. 397 f., 407, 410, 426.

[4]) Art. 8 der württembergischen Bauordnung v. 6. X. 1872. Sarwey, a. a. O. S. 505.

2. In eingehender Behandlung hat die badische Gesetzgebung die hauptsächlichen bei der Einziehung öffentlicher Wege entstehenden Fragen geregelt. Die Einziehung von Wegen ist statthaft, „wenn für das durch dieselben befriedigte Verkehrsbedürfnis in anderer Weise gesorgt oder ein öffentliches Verkehrsbedürfnis überhaupt nicht mehr vorhanden ist". (§ 36 des Ortsstrassengesetzes v. 14. VI. 1884.) Die Ausscheidung selbst erfordert eine „gesetzliche Bestimmung" (§ 4 ibid.). Zuvor ist jedoch die Absicht einen öffentlichen Weg einzuziehen von der Gemeindebehörde öffentlich bekannt zu machen; der übergeordneten Verwaltungsbehörde steht die Befugnis zu, die Ausführung des Einziehungsbeschlusses zu untersagen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einziehung fehlen (§ 9 der Vollzugsordnung des gen. Ges.). Verschieden hiervon ist der Fall, wo nicht der Allgemeinheit der Gemeingebrauch an einem Wege verloren geht, sondern wo eine von der Verwaltung hinsichtlich eines Weges getroffene Massregel eine Beschränkung des Umfanges des Gemeingebrauchs für Einzelne mit sich bringt. Auch nach badischem Recht hat, wenn auch im Prinzip der Anteil an dem Gemeingebrauch für alle ein gleicher ist, der zufällig Betroffene, der in seinem Recht beschränkte Einzelne hiergegen kein Klagerecht; er hat kein Privatrecht auf eine bestimmte ihm vorteilhafte Anlage der Verkehrsstrasse. Auch für den Anlieger ist ein Privatrecht auf gewisse Arten der Benutzung nicht anzuerkennen. „Es würde sich auch das Benutzungsrecht der Strasse, wenn man sich dasselbe als Privatrecht denkt, unausbleiblich mit den Gesetzen der öffentlichen Ordnung in Widerspruch setzen müssen", solange der Staatsverwaltung das Recht eingeräumt ist, im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit den Strassenverkehr zu regeln. Es folgt auch hieraus die Unmöglichkeit eines Privatrechts auf Gemeingebrauch und eines Schadensersatzanspruchs wegen der Schmälerung im Gemeingebrauch.[1]) Dieser kausale Zusammenhang zwischen der rechtlichen Natur des Gemeingebrauchs und der Beantwortung der Entschädigungsfrage ist indessen in einem Falle durch die neuere Redaktion des badischen Ortsstrassengesetzes (vom 6. VII. 1896) unterbrochen. Es ist hier durch Art. 29 die gesetzliche Pflicht der Entschädigung seitens des Strassenbaupflichtigen dann anerkannt, wenn eine Ortsstrasse eingezogen oder in ihrer Höhe, Breite oder Richtung geändert oder die Ausführung einer planmässig festgestellten Ortsstrasse aufgegeben oder nach Höhe, Breite oder Richtung ab-

[1]) Zeitschrift f. badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege Bd. XIX (1887) S. 37 ff.

weichend vollzogen wird und hierdurch eine Wertsminderung der vor der Bekanntgebung des bezüglichen Vorhabens an der Strasse errichteten oder in Angriff genommenen Gebäude den Eigentümern derselben entstanden ist.

V.

1. Aus der bisherigen Darstellung geht bereits hervor, dass der Schutz des Gemeingebrauchs im allgemeinen Sache der die öffentlichen Flüsse und Wege verwaltenden Behörden und dieser den Einzelnen nur in den Beziehungen überlassen ist, wo das Recht eine schärfere Individualisierung erfahren hat. Insoweit sich die Interessensphäre des Einzelnen noch nicht scharf von derjenigen der Gesamtheit abgrenzt, das Einzelinteresse noch mit dem öffentlichen Interesse im Grossen und Ganzen zusammenfällt, liegt es den Verwaltungsbehörden ob, dasselbe zu schützen; ein individueller Schutz ist insoweit nur in dem Beschwerderecht bei der höheren und höchsten Verwaltungsbehörde, in der „administrativen Selbstprüfung", gegeben. Daneben hat das Gemeingebrauchsrecht in einzelnen Fällen die Gestalt des subjektiven öffentlichen Rechts und als solches den gesetzlichen Schutz der verwaltungsgerichtlichen Klage erhalten.[1])

Die Erhaltung der Integrität, des geordneten Laufes des öffentlichen Flusses, sowie der äusseren Regelung der allgemeinen Gebrauchsrechte liegt den Verwaltungsbehörden ob.[2]) Durch Art. 10 Ziff. 24 des württembergischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege sind Streitigkeiten, welche „die Benützung öffentlicher Gewässer einschliesslich der Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukommt . . . . . und die Ausübung der Fischerei betreffen, wenn hierüber ein Streit zwischen mehreren Beteiligten entsteht und der erhobene Anspruch nicht privatrechtlicher Art ist", den Verwaltungsgerichten zur Entscheidung überwiesen. Alle Streitigkeiten, die den Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs zum Gegenstand haben, unterliegen somit entsprechend ihrer öffentlich-rechtlichen Natur der Kognition der Verwaltungsgerichte.[3]) Dabei ist jedoch wiederum von der Rechtsprechung anerkannt, dass die fraglichen Rechtsansprüche zuweilen ihrem inneren Wesen nach von jeder Beziehung auf das öffentliche Recht abgelöst sein können und dann der Zuständigkeit des Civilrichters unterliegen. Dies trifft

---

[1]) Hohl, a. a. O. S. 122 f.; Fr. Wielandt, a. a O. S. 25 f.

[2]) Seuff. Arch. XXIV Nr. 81 1) S. 134 ff.; Württembergisches Gerichtsblatt VI S. 182.

[3]) Württ. Arch. für Recht und Rechtsverwaltung Bd. XIV S. 266, XXIII S. 209, 212. Sarwey, a. a. O. S. 357, 361.

dann zu, wenn der Klagende sein Recht auf Benutzung eines öffentlichen Wassers auf einen besonderen, privaten Rechtstitel stützt, oder bei dem Streit, ob ein Wasser ein öffentliches ist, ein Anspruch auf Wasser erhoben ist, welches in Privateigentum sein soll.[1])

Hinsichtlich der öffentlichen Wege bestimmt Art. 10 Ziff. 21 des oben genannten Gesetzes, dass Streitigkeiten „über das von einer Gemeinde oder von Einzelnen in Anspruch genommene Recht auf Benützung eines öffentlichen Weges einschliesslich der Frage, ob einem Weg die Eigenschaft eines öffentlichen zukommt", von den Verwaltungsgerichten entschieden werden. Diese Gesetzesbestimmung verleiht dem Gemeingebrauchsrecht eine so starke Individualisierung, dass jeder Gebrauchsberechtigte sein Recht auf Benutzung eines öffentlichen Weges selbständig im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die Verhinderung in dem Gebrauch seitens eines Einzelnen oder der Gemeinde geltend machen kann.[2])

Zu breiten Erörterungen und vielfachen Entscheidungen hat die Zuständigkeitsfrage in dem Falle Anlass gegeben, wo es sich um die „Negatorienklage" des Eigentümers eines Grundstücks gegenüber der Inanspruchnahme des letzteren als öffentlichen Weges handelt.[3]) Die Frage ist nicht allgemein zu beantworten, sondern es kommt auf das jeweilige Rechtsverhältnis, auf welchem der streitige Anspruch beruht, an. Handelt es sich hierbei um das Eigentum an dem fraglichen Grundstücksteil, darum, ob dasselbe dem Kläger oder der Korporation zusteht, welche die Oeffentlichkeit des Weges auf ihr angebliches Eigentum daran stützt, so ist dies ein der Kompetenz der Civilgerichte unterliegender Privatrechtsstreit.[4]) Ist das Eigentum des Klägers an dem Wegekörper jedoch unstreitig und beansprucht vielmehr der Beklagte die Mitbenutzung des Weges unter dem Titel einer aus dem öffentlichen Recht stammenden Befugnis, nämlich unter Berufung auf die einer Gemeinde zustehende öffentliche Wegdienstbarkeit, welche ihm als einem Mitgliede dieser Gemeinde das Gemeingebrauchsrecht verschafft, so kann den Streit über

---

[1]) Württ. Arch. XV S. 75, 97 f., Württ. Gerichtsblatt VI S. 180, 183, S. 394.

[2]) Württemberg. Archiv Bd. XV S. 47, S. 253 ff., Sarwey, a. a. O. S. 504.

[3]) Den Anstoss hierzu gab namentlich die stark angefochtene Entscheidung in Seuff. Arch. XXVIII Nr. 247.

[4]) Jahrbücher für württemb. Rechtspflege Bd. II S. 91, Württemberg. Archiv Bd. XV S. 251.

diesen im öffentlichen Recht wurzelnden Anspruch nur das Verwaltungsgericht entscheiden.[1])

2. Die badische Gesetzgebung überträgt den allgemeinen Schutz des Gemeingebrauchs den Verwaltungsbehörden. So bestimmt Art. 85 des Wassergesetzes, dass die im öffentlichen Interesse zur Sicherung einer regelmässigen Reinigung der fliessenden Gewässer, zum Schutz und zur Instandhaltung der Wasserstrassen erforderlichen näheren Bestimmungen im Verordnungswege ergehen.[2]) Ebenso wird bezüglich der öffentlichen Wege durch die Staatsbehörden, bezüglich der Gemeindewege auch durch die Bezirksverwaltungsbehörden die Aufsicht darüber geführt, dass die öffentlichen Wege entsprechend dem Verkehrsbedürfnisse verbessert und unterhalten werden, und der bestimmungsgemässe allgemeine Gebrauch keine Hemmung erfahre. (§ 34 Ortsstrassengesetz.) Aufgabe der Wegepolizei ist es insbesondere, alles zu hindern und zu beseitigen, wodurch die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs gefährdet wird. (§ 4, 2 Vollzugsverordnung des Ges.)[3]) Die Kompetenz der Verwaltungsbehörden ist gleichfalls für die Frage, ob ein Fluss oder Weg öffentlich ist, gegeben.[4]) Für den Schutz des öffentlich-rechtlichen Anspruchs des Einzelnen auf ungehinderte Benutzung eines öffentlichen Weges ist im badischen Verwaltungsrecht keine verwaltungsgerichtliche Klage statthaft. Sobald sich der Einzelne in dem ihm zustehenden Recht gestört glaubt, kann er sich nur mit einer Beschwerde an die mit der Wahrung der öffentlichen Ordnung betraute Behörde wenden.[5]) Dem steht § 5 Ziff. 8 des Gesetzes von 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung, welcher dem Verwaltungsgericht die Entscheidung der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten über die Benutzung des Wassers überweist, nicht entgegen, da diese Bestimmung durch Art. 94 des Wassergesetzes wiederum aufgehoben ist; ebensowenig steht dem der Art. 92 des Wassergesetzes entgegen, welcher die Rechtsstreitigkeiten über das Vorhandensein, den Umfang und die Grenzen des Rechts zur Benutzung der fliessenden Gewässer zur Kompetenz der bürgerlichen Gerichte verweist. Diese Kompetenz bezieht sich nur auf

---

[1]) Württemberg. Gerichtsblatt VI S. 39 ff., Württemberg. Archiv V S. 421, 424, XV S. 248 f., S. 259.

[2]) Annalen der grossh. badischen Gerichte Bd. 54 (Jhrg. 1888) S. 321; Näf, a. a. O. S. 15 u. 240.

[3]) Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege XXII S. 97; Fr. Wielandt, a. a. O. S. 610 (Entsch. v. 9. X. 1889).

[4]) Näf, a. a. O. S. 222; § 37 b des Ortsstrassengesetzes von 1884.

[5]) Zeitschrift für badische Verwaltung XX S. 167; Fr. Wielandt, a. a. O. S. 43.

bestrittene Verpflichtungen und Befugnisse des Wasserrechts, soweit sie privatrechtlicher Natur sind; soweit sie aber im öffentlichen Recht der Wasserbenutzung und des Wasserschutzes wurzeln, entscheiden die Verwaltungsbehörden.[1])

---

§ 15.

Sachsen, Hessen, Mecklenburg.

I.

„Die in der Oeffentlichkeit der fliessenden Gewässer enthaltenen Rechte lassen sich auf zwei Gruppen zurückführen. Die erste Gruppe wird aus den Rechten gebildet, welche jeder Staatsangehörige an dem Wasser hat, z. B. wenn der Fluss schiffbar ist, das Recht der Schiffahrt.“[2]) Jedem Einzelnen steht demnach am öffentlichen Flusse dieses mit der Publizität gegebene, aus der Staatsangehörigkeit fliessende Recht zu. Die Benutzung regelt sich nach dem öffentlichen Recht; dessen Grundsätze sind für dieselbe massgebend. „Diese Benutzungsrechte sind keine Grunddienstbarkeiten, überhaupt keine Privatrechte, sondern Befugnisse des öffentlichen Rechts.“[3]) — Ein öffentlicher Weg ist da vorhanden, wo er thatsächlich dem allgemeinen Verkehr ganzer Ortschaften oder Ortsteile dient, und seine Benutzung in einer seiner Beschaffenheit entsprechenden Weise jedermann freigegeben erscheint.[4]) Auch das sächsische Recht kennt öffentliche Wege auf privatem Grund und Boden und bezeichnet die auf letzterem ruhende Belastung als eine servitus iuris publici, welche den Eigentümer nicht hindert, seine Eigentumsrechte geltend zu machen, soweit sie mit der Zweckbestimmung des öffentlichen Weges vereinbar sind.[5])

Dieselbe Auffassung spiegelt sich im hessischen Recht wieder. Der Gemeingebrauch stellt sich auch hier als eine öffentlich-

---

[1]) Schenkel, Das badische Wasserrecht 1877. S. 29 u. 34. Fr. Wielandt, Das badische Staatsrecht in Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts Bd. III I, 3 S. 246 ff.

[2]) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen N.F. Bd. XXXVI S. 46 ff.

[3]) Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess Bd. V S. 547; ibid. Krische, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach sächsischem Recht S. 499, 502, 506; Archiv für civilrechtl. Entscheidungen der sächs. Justizbehörden N.F. Bd. VI 417.

[4]) Leuthold, Das Königlich-Sächsische Verwaltungsrecht S. 297.

[5]) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N.F. Bd. XXXXIII S. 537 ff., Grützmann, Lehrbuch des Königlich-Sächsischen Privatrechts S. 222.

rechtliche Befugnis dar, eingegrenzt und geregelt durch Rechtsnormen des öffentlichen Rechts.

Mit Rücksicht auf die Allgemeinheit wird die Benutzung von den letzteren beherrscht, wodurch allein die Erfüllung der durch die allgemeine wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Sachen bedingten Gesammtzwecke gesichert ist.[1])

Ebenso erkennt das mecklenburgische Recht an, dass der allgemeine Gebrauch der öffentlichen Strassen und Flüsse sich auf das Staats- resp. Gemeindebürgerrecht gründet. Es besteht ein Gemeingebrauch in dem Umfange, als ein Jeder sich der öffentlichen Sachen ihrer Bestimmung gemäss für seine Zwecke bedienen kann.[2])

II.

Die Anlegung fiskalischer Strassen ist Sache des Staates; der Bau der nicht fiskalichen Strassen ist eine Verpflichtung der Gemeinde oder der Besitzer der Grundstücke, durch deren Flur die Wege führen. Die Absicht der Anlegung neuer Wege ist der Behörde bekannt zu geben; diese kann die Ausführung untersagen. Die Verpflichtung zum Wegebau ist öffentlich-rechtlicher Natur.[3]) Für die Zwecke der Grundlegung oder Fortsetzung der für den inneren Ortsverkehr bestimmten Strassen kann durch eine lokale Bauordnung die Zwangsenteignung von Grundeigentum gegen Entschädigung für zulässig erklärt werden.[4]) Ebenso haben die Besitzer von Grundstücken, durch welche bei der Schiffbarmachung eines natürlichen Wasserlaufs oder bei Durchstichen das Flussbett geführt wird, das hierfür erforderliche Land herzugeben, woraus ihnen jedoch ebenfalls ein Anspruch auf Schadloshaltung erwächst; die Verlegung der Strombahn erfolgt durch die Strombauverwaltungsbehörde.[5])

Die gleichen Grundsätze beherrschen das hessische Recht. Die Feststellung der öffentlichen baulichen Bedürfnisse kommt unter der Oberaufsicht der Ministerien den einschlägigen oberen Verwaltungsbehörden zu.[6]) Die massgebenden Gesichtspunkte bei Festsetzung der Fluchtlinien sind die Förderung des Verkehrs, die Feuersicherheit, die öffentliche Gesundheit u. a. m. Zur

---

[1]) Zeller, Das Gesetz über die Bäche und nicht-fliessenden Gewässer im Grossherzogtum Hessen v. 30. VII. 1887 S. 11 f.

[2]) Buchka und Budde, Entscheidungen des Grossherzoglich-Mecklenburgischen Ober-Apellations-Gerichts zu Rostock Bd. V S. 88 f., 90.

[3]) Leuthold, a. a. O. S. 295, 296, 395.

[4]) Leuthold, a. a. O. S. 297.

[5]) Leuthold, Das Wasserrecht im Königreich Sachsen S. 30, 41, 54.

[6]) Küchler, Die Verwaltungsgesetzgebung im Grossh. Hessen Bd. II S. 649.

Herstellung und Unterhaltung der Ortsstrassen sind in erster Reihe die Gemeinden und Kreise verpflichtet. Der Bauplan einer Strasse wird offengelegt, um den Kreisen der Beteiligten Gelegenheit zur Erhebung von Einwänden zu geben. Die Gemeinden haben für diese Zwecke das Expropriationsrecht.[1])

III.

Solange die öffentlichen Sachen dem allgemeinen Gebrauch dienen, hat kein Rechtssubjekt die Befugnis, andere von ihrer Benutzung auszuschliessen. Andererseits sind die für die Benutzung durch das allgemeine Beste gebotenen Grenzen im Wege des Verbots festgestellt.[2]) An einem öffentlichen Flusse darf niemand Handlungen vornehmen, durch welche das allgemeine Gebrauchsrecht, die Benutzung der Wasserkraft und des Wasserweges, beeinträchtigt oder gehindert wird. Auch die einer Person zustehenden Sondernutzungsrechte sind durch die öffentlich-rechtliche Bestimmung der öffentlichen Flüsse, den gemeinen Gebrauchszwecken zu dienen, beschränkt. Die unbeschränkte Ausübung des Rechts wäre eine Rechtsverletzung gegen die Gesamtheit und ein Widerspruch mit den Staatszwecken.[3]) An öffentlichen Flüssen wie an öffentlichen Wegen liegt der Ortspolizei die Fürsorge für die Unterhaltung und Sicherung des freien Verkehrs auf denselben ob.[4])

Dieselben Grundsätze bestehen für Hessen und Mecklenburg. Das hessische Polizeistrafgesetzbuch regelt in Art. 103—109 die Ausübung des Gemeingebrauchsrechts an öffentlichen Wegen durch genaue pönalisierte Vorschriften. Die Benutzung des öffentlichen Wasserlaufs muss stets mit Berücksichtigung des gleichen Rechts aller erfolgen.[5]) Der Einzelne darf den ihm durch das öffentliche Recht gewährten Gebrauch so lange willkürlich ausüben, als er nicht durch die Art desselben unter Missachtung des gleichen Benutzungsrechts aller die der öffentlichen Sache gegebene Bestimmung aufhebt.[6])

---

[1]) Zeller, Handbuch der Verfassung und Verwaltung im Grossherzogtum Hessen Bd. I S. 268, 269, 271; Gesetz betr. die allgem. Bauordnung v. 30. IV. 1881 Art. 4, 19 ff.

[2]) Leuthold, Das Königlich sächsische Verwaltungsrecht S. 264.

[3]) Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht und Prozess, a. a. O. S. 547 u. 502. (Min.-Verordn. v. 16. III. 1863); Grützmann, a. a. O. S. 221.

[4]) Leuthold, a. a. O. S. 149.

[5]) Seuff. Archiv Bd. XXVI Nr. 255; Küchler, a. a. O. S. 689.

[6]) Buchka und Budde, a. a. O. Bd. V Nr. 26 S. 88 ff. Zeller, Das Gesetz über die Bäche und nicht fliessenden Gewässer im Grossherzogtum Hessen S. 11.

IV.

Sowie durch behördliche Anordnung die Basis für das Gemeingebrauchsrecht geschaffen wird, so ist auch die Prüfung der Frage, ob und wann ein öffentlicher Weg den öffentlichen Bedürfnissen nicht mehr entspricht, den Verwaltungsbehörden zu überlassen. Gelangt das zur Entscheidung dieser Frage berufene Verwaltungsorgan zu dem Ergebnis, dass ein öffentlicher Weg entbehrlich ist,[1]) so ist damit die Grundlage für die Einziehung des öffentlichen Weges gegeben. Hat eine Flussberichtigung zur Folge, dass gewisse Nutzungen der Berechtigten an dem öffentlichen Flusslaufe gemindert oder hinfällig werden, so gewährt der Nachweis hiervon keineswegs einen Schadensersatzanspruch gegen den Fiskus.[2]) Bevor die zuständige Behörde zur Einziehung eines öffentlichen Weges schreitet, soll sie diese Absicht öffentlich bekannt machen und dabei die Erhebung etwaiger Einwendungen binnen einer Frist für jedermann freistellen;[3]) insoweit ist den Gebrauchsberechtigten die Möglichkeit, ihre Einzelinteressen zur Geltung zu bringen, verstattet, jedoch ohne Rechtsanspruch auf Berücksichtigung. Zur Einziehung selbst bedarf es eines dahingehenden behördlichen Beschlusses resp. einer behördlichen Genehmigung.[4]) Der Bestand eines öffentlichen Weges ist so sehr öffentlich-rechtliche Angelegenheit, dass der Eigentümer von Grund und Boden eines öffentlichen Weges, gestützt auf sein Eigentum, um seines Privatinteresses willen weder berechtigt ist, den Weg in seinem öffentlichen Gebrauch zu beschränken, noch berechtigt ist, von der Verwaltung oder von einem Dritten zu verlangen, dass diese denselben durch Herstellung eines andern öffentlichen Weges ersetzen. Die Frage, ob ein Weg ein öffentlicher und ob er auch ferner dem öffentlichen Verkehr zu überlassen ist, ob und welche Beschränkung des öffentlichen Gebrauchs durch den Eigentümer für zulässig zu erachten oder ob infolge der Ausübung des dem Eigentümer zustehenden Rechts für die Verwaltung ein Grund gegeben ist, auf Herstellung anderer öffentlicher Wege zu bestehen, — dies alles ist lediglich Sache der Verwaltungsbehörde.[5])

---

[1]) § 11 Nr. 5 des Ges. v. 21. IV. 1873 betr. die Organisation der Behörden für die innere Verwaltung im Königreich Sachsen.

[2]) Leuthold, Wasserrecht S. 81.

[3]) Minist.-Verf. vom 25. Mai 1868 in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N.F. Bd. XXXI S. 182 f.

[4]) Leuthold, Verwaltungsrecht S. 128 und 296.

[5]) Entscheidung des Königl. sächsischen Ministeriums in der Zeitschrift f. Rechtspflege und Verwaltung N.F. Bd. IX S. 178 ff., Bd. XXVIII S. 171.

Die gleiche Regelung findet sich im hessischen und mecklenburgischen Rechte wieder. Zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden gehört die Untersagung der Wasser- und Wegebenutzung bei überwiegenden Gefahren und Nachteilen für das Gemeinwohl.[1]) Es bestimmt § 3 des mecklenburg-schwerinschen Gesetzes vom 12. Februar 1881: Die Kommunikationswege sind dem Publikum zur unbeschränkten Benutzung eröffnet, und den Grundbesitzern steht es nicht zu, dieselben ganz oder teilweise, dauernd oder vorübergehend, zu sperren oder aufzubrechen.“ Nur die Regierungsbehörde kann zur Beseitigung überflüssiger Grundlasten die Aufhebung eines öffentlichen Weges gestatten, wenn sie findet, dass ohnehin den Verkehrsbedürfnissen auf andere Weise genüge geschehen ist.[2]) Bei Aenderungen an Strassen, die mit Häusern bebaut sind, hat daher der Anlieger kein Prohibitionsrecht.[3]) Dieselben Grundsätze kommen in der neueren Wegerechtsverordnung vom 17. Februar 1897 (Reg.-Bl. No. 10) zum Ausdruck (§§ 1, 2 und 63). Ebenso unterliegt der Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen den in den Strompolizeiordnungen enthaltenen Beschränkungen.[4])

V.

Der allgemeine Schutz der öffentlichen Flüsse und Wege ist in Sachsen entsprechend ihrer öffentlich-rechtlichen Bedeutung bestimmten Verwaltungsbehörden überlassen. Es ist Aufgabe der Strompolizei im besonderen, dafür zu sorgen, dass der Wasserlauf von Störungen frei und ihm die Eigenschaft der öffentlichen Verkehrsstrasse bewahrt bleibt. Sie erlässt Prohibitivbestimmungen, die die Natur von Polizeigesetzen tragen und den Gemeingebrauch im Interesse allgemeiner Benutzung Beschränkungen unterwerfen.[5]) Die allgemeinen Bestimmungen über das Gebrauchsrecht öffentlicher Flüsse und Wege gehören dem öffentlichen Recht an; dies hat das sächsische Verwaltungsrecht und die Praxis stets festge-

---

[1]) Zeller, Das Gesetz über die Bäche u. s. w. S. 12 Art. 19 des Ges.

[2]) Buchka und Budde, a. a. O. Bd V Nr. 21 a. E.

[3]) Buchka und Budde, a. a. O. Bd. V Nr. 55 S. 293. In dieser Entscheidung wird dabei aus der Annahme einer den Anliegern stillschweigend erteilten Garantie ein Schadensersatzanspruch hergeleitet.

[4]) Mecklenburg, Ausführungsverordnungen zum B.G.B., erläutert v. Langfeld, 1. Lieferung 1899 S. 64 γ.

[5]) Verordnung v. 8. und 9. I. 1894 (Ges.- u. Verordn.-Bl. S. 3, 24). Leuthold, a. a. O. S. 264; Ders., Wasserrecht S. 37, 41, 196 (Min.-Verord. v. 19. XII. 1885). Besonders klaren Ausdruck findet dies in der Elbschiffahrtsakte (v. 23. VI. 1822) Art. 28 und Additionalakte (v. 13. IV. 1844) § 56; Annalen des Königl. Sächs. Ob.-App.-Ger. zu Dresden N.F. Bd. IX S. 123.

halten und daraus gefolgert, dass Streitigkeiten, welche dieses Gebrauchsrecht zum Gegenstand haben, der zur Entscheidung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten berufenen Instanz zu überweisen sind.[1]) Da es an besonderen Gerichtsorganen für das öffentliche Recht bisher in Sachsen fehlt, entscheiden hierüber die zuständigen Verwaltungsbehörden.[2])

Da den Staatsbehörden die Bestimmung über Bestehen und Umfang der Benutzung überlassen ist, so steht den Einzelnen ein gegen den Staat im Rechtswege verfolgbarer Anspruch auf Einräumung oder Belassung eines bestimmten Anspruchs nicht zu; so sehr ist das Recht nicht individualisiert.[3]) Entsteht Streit über die Frage, ob ein Weg öffentlich ist, so entscheidet hierüber ebenfalls die Verwaltungsbehörde,[4]) ohne dass dadurch zugleich die Eigentumsfrage bezüglich des Wegareals entschieden ist, da sich dies im Privat- wie Staats- oder Gemeindeeigentum befinden kann.[5])

Ausserdem fehlt es nicht an einem besonderen strafrechtlichen Schutz für gewisse Fälle bei Ueberschreitung des Gemeingebrauchs.[6])

In gleicher Weise ist in Hessen der Schutz des Verkehrs auf öffentlichen Flüssen und Wegen eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts und als solche den Verwaltungsbehörden anvertraut. Strassen- und flusspolizeiliche Anordnungen regeln die Benutzung derselben, und die Verwaltungsbehörden entscheiden über Streitigkeiten.[7]) Zu deren Kompetenz gehört auch die Entscheidung darüber, ob ein Weg für den öffentlichen Verkehr in Anspruch zu nehmen ist.[8]) Daneben ist in Anwendung der gemeinrechtlichen Interdikte gerichtlicher Schutz bezüglich gewisser Streitigkeiten, namentlich bei Störungen des öffentlichen Flusslaufs, gewährt.[9])

In Uebereinstimmung hiermit betrachtet auch das mecklenburgische Recht die Sorge für den Bestand der dem öffentlichen Verkehr dienenden Wege und Flussläufe und ihre Freihaltung

---

[1]) Sächsisches Archiv f. bürgerl. Recht u. Prozess Bd. V S. 500. Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung N.F. Bd. XXXXIII S. 537 ff., N.F. Bd. XXIV S. 143, N.F. Bd. XXXI S. 309.

[2]) Annalen u. s. w. A.F. Bd. VI S. 219, II F. Bd. IV S. 117 u. 127.

[3]) Leuthold, Wasserrecht S. 81.

[4]) § 11 Nr. 6 des Ges. vom 21. IV. 1873.

[5]) Leuthold, Verwaltungsrecht S. 299.

[6]) Art. 12 des Ges. v. 30. IV. 1873 und 24. IV. 1894. (Ges.- und Verordn.-Bl. 1873 S. 401; 1894 S. 116).

[7]) Zeller, a. a. O. Bd. II S. 162 und 207.

[8]) Küchler, a. a. O. Bd. II S. 94.

[9]) Seuff. Arch. Bd. IX Nr. 161, Bd. XIX Nr. 118.

von Hindernissen, die den Gemeingebrauch stören, als Aufgabe der polizeilichen Thätigkeit des Staates und derjenigen Verwaltungsbehörden, welchen deren Uebung zugewiesen ist.[1]) Die öffentlich-rechtliche Natur des Gemeingebrauchs zeigt sich ferner darin, dass eine Schmälerung desselben infolge von Veränderungen an der öffentlichen Strasse die gerichtliche Klage gegen die öffentliche Behörde nicht zulässt; es giebt keinen Anspruch auf den Fortbestand des Gemeingebrauchs nach Art eines Privatrechts.[2]) Wenn der allgemeine Gebrauch eines öffentlichen Weges, dessen Grund und Boden im Privateigentum steht, durch den Eigentümer unmöglich gemacht wird, so kann die Oeffentlichkeit des Weges nicht durch richterliche Feststellung wiederhergestellt und der Eigentümer auf Anrufen der Geschädigten vom Richter verurteilt werden, den Weg benutzen zu lassen. Für eine derartige Feststellung ist vielmehr lediglich die Verwaltungsbehörde zuständig.[3]) Daneben aber bringt die mecklenburgische Praxis in ausgedehntem Masse die römisch-rechtlichen Interdikte namentlich zur Sicherung von Schadensersatzansprüchen bei Störungen im Gemeingebrauch zur Anwendung.[4])

Es bleibt zu erwähnen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch eine Aenderung des in Deutschland bestehenden Wege- und Wasserrechts nicht enthält. Die Kommission zur Bearbeitung des Gesetzentwurfs ging von dem Gedanken aus, dass dieser Rechtsstoff wesentlich dem öffentlichen Recht angehört. (Motive zum B.G.B. Bd. III S. 4 f.) Deshalb bleiben auch künftig die Rechtsverhältnisse des Gemeingebrauchs durch das Partikularrecht geregelt.[5])

---

[1]) V.O. betr. das Wegerecht vom 17. II. 1897 § 2 Abs. 3 u. 4, §§ 10, 11, 20 ff., § 37; Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege u. Rechtswissenschaft Bd. XI S. 101.

[2]) Buchka und Budde, a. a. O. Bd. V Nr. 55 S. 287.

[3]) V.O. betr. das Wegerecht vom 17. II. 1897 § 38: In Zweifelsfällen entscheidet über die Natur eines Weges das Ministerium des Innern. Buchka u. Budde, a. a. O. Bd. V Nr. 21 S. 51 ff.

[4]) Buchka u. Budde, a. a. O. Bd. III Nr. 26 S. 83 ff., Bd. V Nr. 26 S. 67 ff. Mecklenburgische Ausführungsverordnungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch, erläutert v. Langfeld S. 64 γ.

[5]) Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Bd. S. 130. Endemann, a. a. O. Bd. II Sachenrecht Tl. 1 S. 18.